

Mélanges Roger Comtois

Sous la direction de
Brigitte Lefebvre

avec la collaboration de
Sylvie Berthold

On peut se procurer le présent ouvrage à:

Les Éditions Thémis
Faculté de droit, Université de Montréal
C.P. 6128, Succ. Centre-Ville
Montréal (Québec) H3C 3J7
Canada

Courriel : themis@droit.umontreal.ca
Internet : www.themis.umontreal.ca
Téléphone : (514) 343-6627
Télécopieur : (514) 343-6779

NOTES BIOGRAPHIQUES

Roger Comtois, O.C., LL.D., m.s.r.c.
Né à Saint-Eustache le 9 février 1921

Études

1927-1934	Études primaires au Collège Sacré-Cœur de Saint-Eustache
1934-1941	Études classiques au Collège Bourget de Rigaud
1941-1942	Études au Saint Michael's College de l'Université de Toronto
1942-1943	Études à l'École normale Jacques-Cartier de Montréal (section française)
1943-1946	Études à la Faculté de droit de l'Université de Montréal
1963	Obtention d'un doctorat en droit de l'Université d'Ottawa

Carrière universitaire – Université de Montréal

1948	Début de sa carrière à la Faculté de droit de l'Université de Montréal comme professeur adjoint
1950	Professeur agrégé
1959	Professeur titulaire
1948-1976	Directeur du programme de droit notarial
1963	Président de l'Association des professeurs de l'Université de Montréal
1961-1970	Secrétaire de la Faculté de droit de l'Université de Montréal
1976-1980	Doyen de la Faculté de droit de l'Université de Montréal
1984	Retraite de l'Université de Montréal
1984-1993	Membre fondateur et vice-président de l'APRUM (Association des professeurs retraités de l'Université de Montréal). Membre de la toute première équipe de direction, il a contribué à l'obtention des documents juridiques attestant l'existence de l'Association.

Autres universités

Le professeur Roger Comtois a aussi dispensé son enseignement aux étudiants de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke et de la Section de droit civil de la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Il fut aussi professeur invité à l'Université de Poitiers (France).

Carrière professionnelle – Chambre des notaires du Québec

Juillet 1946	Admission à la Chambre des notaires du Québec
1946-1948	Notaire à Lachute
1948-2004	Notaire à Montréal
1951-1966	Membre du Bureau de la Chambre des notaires du Québec
1956-1998	Directeur de la *Revue du notariat*
1960-1966	Président de la Commission des examens de la Chambre des notaires du Québec
1966-1969	Président de la Chambre des notaires du Québec
1980…	Membre du comité du Répertoire de droit sur les libéralités
2004	Démission de l'Ordre des notaires du Québec

Autres activités professionnelles

1966-1969	Conseil consultatif sur l'administration de la justice
1960......	Président des sous-comités sur les régimes matrimoniaux et les sûretés de l'Office de révision du Code civil.

Mérites et distinctions

1974	Membre de la Société royale du Canada
1979	Doctorat honorifique de l'Université d'Ottawa
1983	Officier de l'Ordre du Canada
1984	Professeur émérite de l'Université de Montréal
2005	Notaire honoraire

BIBLIOGRAPHIE

Monographies

COMTOIS, R. et P. CIOTOLA, *Loi du notariat, 1975 : annotée d'après la doctrine et la jurisprudence,* Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1975, 211 p.

Essai sur les donations par contrat de mariage, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1968, 230 p.

Traité théorique et pratique de la communauté de biens, Montréal, Le recueil de droit et de jurisprudence, 1964, 403 p.

Loi du notariat (1-2 Elisabeth II, chapitre 54), annotée d'après la doctrine et la jurisprudence et suivie des Règlements de la Chambre des notaires, Montréal, Wilson & Lafleur, 1959, 191 p.

Ouvrages collectifs

« Des conditions de validité du testament authentique », dans Adrian POPOVICI (dir.), *Problèmes de droit contemporain ; Mélanges Louis Baudouin*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1974, p. 57

« Conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux, successions, legs, testaments et partages. » dans Chambre des notaires du Québec (dir.), *Mélanges offerts à Me Raymond Cossette ex-président de la Chambre des notaires de la province de Québec*. (1963-66), Québec, 1968, p. 117

« La loi concernant la copropriété des immeubles », dans *Lois nouvelles II,* Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 65. En collaboration avec Germain Brière, Albert Mayrand et Paul-André Crépeau, c.r.

« Les époux communs en biens depuis le Bill 16 », dans *Lois nouvelles,* Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1965, p. 31. En collaboration avec Germain Brière, Albert Mayrand et Guy M. Desaulniers

« Servitudes et prescriptions », dans *Études Juridiques en hommage à Monsieur le Juge Bernard Bissonnette*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1963, p. 229

« Quelques aspects du droit de la province de Québec », Paris, Cujas, 1963, viii, 279 p. En collaboration avec Louis Baudouin, Renaud de Bottini, Philippe Ferland, Pierre Martineau, Albert Mayrand, Guy Merril-Desaulniers et Louis-Philippe Taschereau.

Conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux dans « VIIe Congrès international du notariat latin », Bruxelles, Thérien Frères (1960) Limitée, 1963, 24 p.

ARTICLES DE REVUE

La Revue du notariat[1]

« En guise de mémoires 1956-1998 », (1998) 100 *R. du N.* 177

« Le droit de la copropriété selon le *Code civil du Québec* », (1994) 96 *R. du N.* 323

« Le droit de la copropriété selon le *Code civil du Québec* – Des droits et obligations du syndicat », (1994) 96 *R. du N.* 443

« La dation en paiement et l'extinction de certains privilèges », (1993) 95 *R. du N.* 469

« La liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire », (1986) 88 *R. du N.* 500

« La jurisprudence récente sur les donations de biens à venir, de biens présents et sur le pacte sur succession future », (1986) 88 *R. du N.* 332

« Sanction de nullité – L'immutabilité de la déclaration de copropriété », (1986) 89 *R. du N.* 254

« Rappel : Un notaire ne peut recevoir le serment de la partie qu'il représente », (1985) 87 *R. du N.* 596

---

1 Roger Comtois a publié plus de trois cent vingt articles, commentaires de jurisprudence, d'*in memoriam* et de recensions de volumes au cours de sa carrière dans cette revue. Nous avons choisi d'en énumérer une quarantaine apparaissant les plus marquants.

« La prestation compensatoire : une mesure d'équité », (1983) 85 *R. du N.* 367

« La liquidation de la séparation de biens », (1981) 84 *R. du N.* 34

« Le rapport du praticien », (1981) 84 *R. du N.* 170

« Qu'est-ce que la résidence familiale ? », (1981) 84 *R. du N.* 344

« Rétrospective : Le congrès des notaires, édition 1929 », (1980) 83 *R. du N.* 236

« Les causes de dissolution du régime matrimonial et leurs particularités », (1980) 83 *R. du N.* 312

« Interprétation du mot "enfants" dans un testament », (1980) 83 *R. du N.* 363

« La liquidation de la communauté de meubles et acquêts », (1980) 83 *R. du N.* 419

« La liquidation et le partage de la société d'acquêts », (1980) 83 *R. du N.* 579

« Pouvoirs des époux en communauté de biens », (1979) 82 *R. du N.* 192

« Droit de l'épouse sur l'immeuble acquis au nom du mari – Jurisprudence comparée : Common Law et droit civil », (1978) 81 *R. du N.* 158

« Quand le système Torrens n'est plus une garantie des titres », (1977) 80 *R. du N.* 496

« Présomptions de survie et successions testamentaires – reprise de la controverse », (1977) 79 *R. du N.* 499

« Un notaire ne peut recevoir le serment de la partie qu'il présente », (1976) 79 *R. du N.* 35

« (La) remise de dette conditionnelle au décès est-elle une donation à cause de mort ? », (1975) 78 *R. du N.* 97

« Responsabilité notariale », (1975) 78 *R. du N.* 483

« La responsabilité civile du registrateur », (1973) 76 *R. du N.* 246

« Pension de retraite et régimes communautaires », (1972) 75 *R. du N.* 128

« L'hypothèque et la copropriété », (1972) 75 *R. du N.* 149

« Des donations par contrat de mariage », (1972) 75 *R. du N.* 253

« De la donation par contrat de mariage », (1971) 74 *R. du N.* 540

« Le testament authentique est-il encore un acte formaliste ? », (1966) 69 R. du N. 191

« La saisine de l'exécuteur testamentaire », (1966) 69 *R. du N.* 241

« Précisions sur la dation en paiement et l'avis de soixante jours », (1965) 68 *R. du N.* 494

« Commentaires sur la "Loi sur la capacité juridique de la femme mariée" (Bill 16) », (1964) 67 *R. du N.* 103

« Une nouvelle législation : le nantissement commercial », (1963) 66 *R. du N.* 155

« L'homologation de plans en droit municipal », (1961) 63 *R. du N.* 319

« Problèmes d'ajustements », (1960) 63 *R. du N.* 479

« Problèmes d'ajustements », (1960) 63 *R. du N.* 527

« La preuve des honoraires », (1959) 62 *R. du N.* 147

« Prescription trentenaire acquisitive – Requête – Enregistrement », (1958) 61 *R. du N.* 505

« Le droit des compagnies en matière immobilière », (1957) 60 *R. du N.* 387

« La vente en bloc », (1948) 51 *R. du N.* 174

Cours de perfectionnement du notariat

« Le budget de la copropriété et l'assemblée générale des copropriétaires », (1990) 2 *C.P. du N.* 121

« Le partage et la liquidation de la communauté de meubles et acquêts et de la société d'acquêts et le rapport de praticien », (1986) 2 *C.P. du N.* 409

« Vingt-cinq ans déjà », (1986) 1 *C.P. du N.* 9

« Biens communs, biens réservés, acquêts, biens familiaux : la qualification des biens des époux », (1984) 2 *C.P. du N.* 223

« L'administration des biens des époux », (1984) 2 *C.P. du N.* 301

« Les pouvoirs des époux en droit québécois », (1979) 2 *C.P. du N.* 179

« Le nouveau droit des sûretés réelles », (1978) 1 *C.P. du N.* 75

« L'authenticité de l'acte notarié », (1976) 1 *C.P. du N.* 1

« Le rapport de praticien et l'acte de partage », (1974) *C.P. du N.* 65

« La Loi de la protection du consommateur et le prêt hypothécaire », (1972) *C.P. du N.* 105

« Les incidences fiscales de la Loi concernant les régimes matrimoniaux », (1971) *C.P. du N.* 119

« Les principales dispositions du Bill 10 Loi concernant les régimes matrimoniaux », (1970) *C.P. du N.* 95

« La copropriété des immeubles bâtis », (1969) *C.P. du N.* 77

« De quelques dispositions d'intérêt particulier pour les notaires, dans le nouveau Code de procédure civile », (1967) *C.P. du N.* 25

« Introduction au droit des assurances », (1966) *C.P. du N.* 19

« Introduction au droit successoral », (1965) *C.P. du N.* 4

« Conditions de validité des actes », (1964) *C.P. du N.* 5

« Le droit des parties dans les actes à titre gratuit », (1964) *C.P. du N.* 63

Répertoire de droit

Les testaments, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit/ Nouvelle série*, « Libéralités », Doctrine – Document 2, Montréal, 1995

L'authenticité de l'acte notarié, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit,* « Pratique notariale », Doctrine – Document 3, Montréal 1992

Le droit de la copropriété des immeubles en droit québécois, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit,* « Biens », Doctrine – Document 2, Montréal 1990

Les libéralités, dans Chambre des Notaire du Québec, *Répertoire de droit,* « Libéralités », Doctrine – Document 1, Montréal, 1989

Loi sur le notariat annotée, dans Chambre des Notaire du Québec, *Répertoire de droit,* « Pratique notariale », Doctrine – Document 1, Montréal, 1985

Roger COMTOIS et Pierre CIOTOLA, *La responsabilité notariale*, dans Chambre des Notaires du Québec, *Répertoire de droit,* « Pratique notariale », Doctrine – Document 2, Montréal 1984

Autres revues scientifiques

« Que reste-t-il de la société d'acquêts ? », (1994) 28 *R.J.T.* 397-409

« La copropriété, quinze ans après », (1987) 55 *Assurances* 24

« L'ouvrier-entrepreneur et l'entrepreneur-ouvrier. (Comm. d'arrêt) J.R. Côté Construction Ltée. c. Désautels », [1987] *R.D.I.* 471

« La Faculté de droit de l'Université de Montréal ; histoire récente », (1984) 9 *Dalhousie L. J.* 158

« Le changement de régime matrimonial et l'intérêt de la famille », (1980-81) 15 *R.J.T.* 9

« Le Bill 10 depuis le 1 Juillet 1970 », (1970) 1 *R.G.D.* 220

« L'enregistrement des donations par contrat de mariage », (1968) 14 *McGill L.J.* 430

« Les critères de distinction entre la donation entre vifs et la donation à cause de mort », (1968) 9 *C.de D.* 719

« Pourquoi la société d'acquêts ? », (1968) 27 *R. du B*. 602

« L'exécuteur testamentaire », (1967) 2 *R.J.T.* 533

« À propos du régime matrimonial », (1966) 26 *R. du B.* 178-180

« Le consentement dans les libéralités », (1966) 1 *R.J.T.* 295

« Les présomptions légales de survie », (1965) 11 *McGill L.J.* 202

« Le notariat québécois au Congrès de Bruxelles », (1964) 7 *Can. Bar. J.* 47

« Le sens du terme « enfants » dans les dispositions à titre gratuit », (1964) 14 *Thémis* 37-44

« Les biens réservés et la communauté », (1964) 1 *R. de droit comp*. 9

« Une Nouvelle Législation : Le Nantissement commercial », (1963) 9 *McGill L.J.* 261 ; (1963) 66 *R. du N.* 155

« L'influence du droit public sur la propriété privée immobilière, Province de Québec (Canada) », (1962) 1 *R. de droit comp*. 99

« Val Morin Mountain Lodge inc. v. Laperle », (1961) 21 *R. du B.* 530-535

INTRODUCTION

Non, je ne regrette rien, comme le dit la chanson : l'enseignement, les recherches, l'écriture, l'exercice de la profession m'ont procuré une très grande satisfaction. J'ai aimé ma carrière…

Roger COMTOIS
« En guise de mémoires », (1998) 100 *R. du N.* 212

Roger Comtois a mené de front, et avec succès, deux carrières : l'enseignement universitaire pendant 36 ans et l'exercice de la profession de notaire de 1946 à 2004. L'oisiveté ne fait pas partie de son vocabulaire.

La carrière universitaire de Roger Comtois débute en 1948 à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Il fait partie de la toute première équipe de professeurs à temps plein. Il y enseigne tour à tour, l'histoire du droit, le droit municipal et scolaire, le droit des sûretés, des libéralités (testaments et donations), des successions, des régimes matrimoniaux et l'enregistrement des droits réels.

Le professeur Comtois s'investit aussi dans l'administration universitaire. Il est directeur des études notariales pendant plus de vingt ans, secrétaire de la Faculté de 1961 à 1970 et doyen de 1976 à 1980. Ses collègues se rappellent son grand souci de bon rapport avec eux, sa jeunesse d'esprit et son humilité.

Malgré ses lourdes tâches à la Faculté, le notaire Comtois est très actif au sein de son ordre professionnel, la Chambre des notaires du Québec. Il est membre du Bureau de cet ordre de 1951 à 1966 et en est le président de 1966 à 1969. Son triennat est marqué par une fraude importante commise par un membre à une époque où le fonds d'indemnisation n'existe pas. La création d'un fonds d'indemnisation des fraudes professionnelles, l'adoption de la nouvelle *Loi sur le notariat* qui fut suivie d'un nouveau tarif pour les notaires et la révision complète des règles de la comptabilité en fidéicommis singularisent son triennat.

La transmission de la science juridique est une préoccupation constante chez Roger Comtois. À cet égard, il est d'un dévouement exceptionnel auprès de ses étudiants et de ses confrères notaires. Directeur de la *Revue*

du notariat de 1956 à 1998, il y publiera plus de 320 articles, commentaires de jurisprudence, d'*in memoriam* et de recensions de livres. Souvent sollicité par ses pairs, il donne au cours de sa carrière dix-huit *Cours de perfectionnement du notariat*. De plus, il importe de souligner qu'il consacre plusieurs heures par semaine à répondre aux demandes d'opinion de ses collègues. Un des premiers notaires détenteur d'un doctorat en droit, il publie des ouvrages de doctrine fondamentaux, notamment le *Traité théorique et pratique de la communauté de biens*, connu et utilisé par plusieurs générations de juristes.

Roger Comtois joue un rôle important dans l'évolution de la législation québécoise. Sa contribution à l'instauration et à la codification du régime de la société d'acquêts et de la copropriété divise relève du secret de Polichinelle. Cet apport substantiel à l'avancement du droit est reconnu par plusieurs institutions. La *SRC : Les Académies des arts, des lettres et des sciences du Canada* qui a pour objectif premier de promouvoir l'acquisition du savoir et la recherche en sciences naturelles, sciences sociales et sciences humaines, lui décerne en 1970 le titre de membre de la Société royale canadienne (m.s.r.c.). En 1979, il est récipiendaire d'un doctorat *Honoris Causa* de l'Université d'Ottawa. En 1983, il devient officier de l'Ordre du Canada, la plus haute récompense du régime canadien de distinctions honorifiques. Le Conseil de l'Université de Montréal lui donne le titre de professeur émérite en 1984. Roger Comtois est un juriste qui peut dire : « mission accomplie ».

Roger Comtois c'est aussi le sportif, le gastronome, l'homme de paix chaleureux, bon et généreux. Derrière ce grand juriste, se trouve un homme simple et accessible.

Ce recueil de textes lui est offert en hommage et en remerciements.

Brigitte Lefebvre, professeure,
titulaire de la Chaire du notariat
Sylvie Berthold, notaire honoraire

TEXTE DE LA PRÉSENTATION DE MONSIEUR PIERRE-PAUL CÔTÉ À L'OCCASION DE L'HOMMAGE RENDU À MONSIEUR ROGER COMTOIS PAR L'ASSOCIATION DE DIPLÔMÉS EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL LE 16 NOVEMBRE 2006

C'est avec empressement, et vous comprendrez pourquoi dans quelques minutes, que j'ai accepté l'invitation de l'Association des diplômés en droit, de faire une brève présentation de la carrière de Monsieur Roger Comtois, à l'occasion de l'hommage qui lui est rendu ce soir.

D'entrée en jeu, on ne peut manquer d'être frappé par l'ampleur de ses réalisations tant au sein de sa profession que du monde universitaire, à un point tel que l'on peut affirmer que Monsieur Comtois a connu deux carrières extrêmement fructueuses, carrières qui se sont entremêlées avec bonheur au fil des ans.

La seule façon de rendre compte de ce parcours d'exception est de ne s'attacher qu'aux réalisations les plus marquantes et d'aborder ces deux vies professionnelles simultanément puisque Monsieur Comtois les a parfaitement intégrées l'une à l'autre.

Après un baccalauréat ès art, des études en sciences de l'éducation à Toronto et à Montréal, Roger Comtois devient diplômé de notre Faculté en 1946 ayant obtenu une licence et une maîtrise en droit. Dans la même année, il s'inscrit au tableau de l'Ordre des notaires. Ayant pratiqué le droit notarial durant quelques années, Monsieur Comtois devient professeur à la Faculté en 1948, poste qu'il occupera jusqu'en 1984.

Les années qui suivent son entrée à la Faculté sont en quelque sorte, pour Monsieur Comtois, des années de d'incubation pour ce qui allait suivre. Le professeur Comtois assume de nombreuses charges de cours, occupe divers postes administratifs à la Faculté, à l'Université et à la Chambre des notaires ; parmi tant d'autres, notons qu'en 1956, il devient directeur de la Revue du Notariat, poste qu'il occupera jusqu'en 1998. Dans ses temps libres, il rédige une thèse et obtient un doctorat en droit de l'Université d'Ottawa en 1963.

C'est en 1964, avec la publication de son traité sur la communauté de biens, que débute véritablement la période des réalisations plus marquantes. Ses qualités de juriste et d'enseignant sont alors reconnues. C'est ainsi qu'il est appelé à présider les Comités de l'office de révision du Code civil pour ce qui est des régimes matrimoniaux et des sûretés et qu'il est reçu par de nombreuses universités à titre de professeur-invité.

En 1966, Monsieur Comtois devient président de la Chambre des notaires, alors que celle-ci vit une période difficile de son existence. Le président aura alors besoin de toutes ses ressources pour mener à terme un certain nombre de dossiers délicats. Alors qu'il est toujours en fonction à la Chambre, il publie un essai sur les donations par contrat de mariage. En 1976, le professeur Comtois est nommé doyen de la Faculté de droit pour un mandat de quatre ans et en 1979 il publie une monographie sur les libéralités.

Tout au long de sa carrière, en plus des ouvrages de doctrine dont nous venons de faire mention, l'auteur Comtois publiera plus de 300 articles dans les différentes revues de droit. Si l'on parcourt la liste des titres de ces articles, on ne peut qu'être étonné de la diversité des sujets abordés ; au surplus, durant toutes ces années, le notaire Comtois aura continué d'exercer sa profession à laquelle il a appartenu durant tout près de soixante ans, ayant cédé son greffe en 2005.

Ce cheminement hors du commun ne passera pas inaperçu. En effet, Monsieur Comtois sera reçu membre de la Société Royale du Canada et se verra conférer le statut d'officier de l'Ordre du Canada. De plus, il recevra un doctorat « honoris causa » de l'Université d'Ottawa et sera nommé professeur émérite de l'Université de Montréal. Qu'il me soit permis d'ajouter que la Chaire du notariat de la Faculté de droit organise régulièrement les Conférences Roger-Comtois et que des mélanges qui porteront son nom seront bientôt publiés.

La carrière dont je viens de rapporter à grands traits les principales étapes témoigne des qualités intellectuelles de Roger Comtois et de sa capacité de travail. Mais pour brosser un portrait complet de l'homme, il faut aussi faire état de ses remarquables qualités humaines. À titre d'illustration, qu'il me soit permis de revenir sur son décanat.

Au moment où le doyen Comtois prend la direction de la Faculté, celle-ci vit une période tourmentée. Les trois doyens qui l'ont précédé n'ont pas terminé leur mandat, le corps professoral est divisé en deux clans qui se livrent une lutte sans merci et les jeunes professeurs sont sommés de prendre

parti sous peine d'être laissés sans protection. En bref, la Faculté est ingouvernable.

Le doyen Comtois réalise alors l'impossible. Par ses qualités de rassembleur, par son ouverture à la discussion, son respect du statut de professeur, son comportement empreint de générosité et de sagesse, le doyen a réussi à éliminer les conflits et à rétablir le fonctionnement des institutions de la Faculté. En quelques années, le climat aura changé du tout au tout ; les professeurs auront repris confiance, tant et si bien que tous les doyens et doyennes qui ont suivi, et cela vaut jusqu'à ce jour, ont pu terminer leur mandat en toute sérénité et surtout ont pu réaliser des projets qui, aujourd'hui, font l'orgueil de la Faculté et de l'Université. Monsieur Comtois, les professeurs, les diplômés et les étudiants de cette maison vous doivent beaucoup. Vous avez pris en main les destinées d'une institution en déroute et vous avez créé les conditions pour qu'elle puisse s'épanouir sans interruption depuis 25 ans. Pour cela, vous avez droit à toute notre gratitude.

Il faut aussi dire un mot de la personnalité attachante de Monsieur Comtois. Amateur d'art et de bons vins, passionné de littérature, il a toujours été disposé à partager ses découvertes avec enthousiasme autour d'une bonne table. Ses invitations à dîner impromptues à la fin des séances du conseil de la Faculté, qu'il présidait comme doyen, font d'ailleurs partie de la légende de l'institution. Le souvenir de ces soirées animées et chaleureuses reste gravé dans la mémoire de ceux qui ont eu le bonheur d'y participer.

Enfin, pour témoigner de la vitalité du personnage, je vous signale que le démon de l'écriture ne le quittera jamais. En effet, Monsieur Comtois rédige actuellement ses mémoires sous forme de lettres à son petit-fils. Pour vous illustrer le sérieux de l'entreprise, il en est rendu à la sixième lettre, ce qui fait au total 200 pages de texte et nous n'en sommes qu'aux années quarante ! Ces lettres reflètent la joie de vivre et l'érudition de leur auteur. Et généreux comme toujours, il en fait partager la lecture à un large cercle d'amis.

Monsieur Comtois, c'est avec admiration, reconnaissance et affection que nous vous rendons hommage ce soir et que nous vous souhaitons longue vie.

UN « PASSEUR DE FRONTIÈRES » JURIDIQUES : LE DOYEN ROGER COMTOIS

Daniel HECK*

Au grand honneur qui est fait au notaire français que je suis (bien que désormais en retraite) de participer à l'hommage rendu à mon éminent confrère, le doyen Roger Comtois, s'ajoute un grand plaisir en raison du rôle international qui fut le sien dans le monde du droit et aussi, pourquoi le cacher, dans ma propre vie.

C'est pourtant bien modestement, par courrier, qu'eut lieu notre premier contact. Au milieu des années 1970, l'enseignement du droit venait d'être ouvert aux notaires français désormais associés aux Universités pour la délivrance des diplômes donnant accès aux fonctions de notaire. La réforme datait de 1973 exigeant (enfin) un diplôme spécial délivré par les Universités pour l'exercice de la profession.

Devenu dans ce cadre nouveau chargé d'enseignement à l'Université de Nancy II, en ma chère Lorraine natale où j'exerçais alors, et appelé ensuite à donner de multiples cours et conférences, à animer de nombreux séminaires aux quatre coins de la France, je me demandai si mon expérience ne serait pas utile à l'étranger.

Je pensai aussitôt au Canada, bien cher à mon cœur. Oui, j'aurais aimé enseigner au Québec et c'est pourquoi j'écrivis au doyen de la Faculté de droit de Montréal. Comme je devais me rendre prochainement en Amérique du Nord, dans la sympathique réponse qu'il me fit, le doyen Comtois me dit de venir le voir à cette occasion, ce que je fis en octobre 1978 en l'un de ces automnes toujours flamboyants, superbe cadeau de la Providence au Nouveau-Monde.

Je connaissais certes les universités d'outre-Atlantique ayant étudié dans l'une d'elles dans les années 60, mais quelle émotion et quel bonheur pour mon cœur de Français, de découvrir la magnifique Université de

---

* Docteur en droit (Paris) LL. M. (Harvard) et notaire honoraire.

Montréal dominant la seconde ville francophone du monde avec au fond le majestueux Saint-Laurent, et où l'on enseignait dans notre langue commune, le français !

Le doyen Comtois m'accueillit avec la gentillesse qu'on lui connaît et cette bienveillante simplicité toute nord-américaine dont Chateaubriand avait déjà été frappé. Quelle surprise fut la mienne en apprenant qu'il était un confrère, un notaire ! Qu'un notaire soit devenu doyen d'une Faculté de droit, voilà qui eut été impossible en France, où tout, dès le départ était alors soigneusement tracé, déterminé pour l'éternité (un peu comme les voies de chemin de fer : pratique ou enseignement, sans « aiguillage » possible entre les deux voies...). Il m'avait fait visiter la Faculté et notre entretien se terminait. Comme je devais reprendre mon avion pour la France, le doyen Comtois me proposa de me conduire à l'aéroport. Dans sa belle voiture (américaine) il me dit : « J'ai quelque chose de mieux à vous proposer qu'un enseignement, que, de toutes façons, vous ne pourriez assurer puisque vous pratiquez à temps complet. Voici mon idée. Vous savez que je dirige la Revue du Notariat. J'ai le projet d'y faire publier chaque année une chronique de droit et de vie notariale en France. Accepteriez-vous de vous en charger ? Vous auriez, sous une forme ramassée, à nous dire ce qui se passe en France, les nouvelles lois, les décisions de justice importantes, les ouvrages parus et la vie de la profession en général. Qu'en pensez-vous » ?

Le ciel était limpide en ce début d'après-midi et la circulation fluide. J'aurais mon avion à temps... Son idée, fort originale, me séduisit immédiatement. Y avait-il en effet une fatalité à ce que chaque notariat restât chez lui, sans vue sur l'extérieur ? Il est vrai que nous étions au Canada, pays des grands espaces, dans ce bouillonnement nord-américain si stimulant pour l'esprit.

Il est juste de reconnaître que si je fus honoré d'être choisi pour cette mission-là, je ne me rendais pas bien compte alors du travail que cela impliquerait. Certes convenait-il de suivre la parution des lois, recenser les décisions de justice les plus marquantes, les livres les plus significatifs et suivre la plupart des manifestations du notariat. Beaucoup le faisaient, avec un talent que je n'avais pas toujours. Mais le plus délicat était de faire un choix, c'est-à-dire de sélectionner ce qui intéresserait nos confrères d'outre-Atlantique, de séparer si possible l'essentiel du circonstanciel, de dégager une évolution de notre système tout en essayant de la faire comprendre dans sa globalité et également d'un point de vue pratique. Il fallut aussi me rendre compte, avec le recul du temps, que ce qui était important

était parfois passé inaperçu ou encore ce qui paraissait important sur le moment ne l'était point en fait. C'est malheureusement le sort de tout chroniqueur...

C'est ainsi que ma collaboration avec la Revue du Notariat dura treize ans (de 1978 à 1991) à raison d'une chronique par an. Outre les plaisirs intellectuels que me procura sa rédaction (surtout synthétiser, avoir ainsi une vue globale des choses et de leur évolution) sa publication me valut, je dois le dire, une petite « notoriété » auprès de mes confrères du Québec qui parfois m'écrivaient ou me téléphonaient (il n'y avait pas encore de courriels...) pour des conseils dans des affaires impliquant le droit notarial français. Quel plaisir de les lire ou de les entendre... Le doyen Comtois ne s'arrêta pas là. Il créa aussi une chronique de droit belge, assurée au début par Me Claude Brasseur et continuée par Me de Valkenner.

Sentant que mes « chroniques » dans la Revue, sorte de condensé de l'évolution du droit et de la pratique notariale en France, pourraient être utiles en France cette fois, je les regroupai et les fis éditer en un volume couvrant les années 1978-1984, avec une préface que voulut bien m'accorder... le doyen Comtois. Il y écrivait :

> « Pour le juriste québécois, le droit français est une source d'inspiration remarquable. Le modèle juridique français est particulièrement utile au notaire du Québec puisque c'est encore en droit civil que le droit québécois et le *Code civil du Québec* se sont le moins éloignés du droit français et du *Code civil français*. Le droit privé du Québec n'a pas été, comme le droit public, modifié par le contexte nord-américain.
>
> Nous nous réjouissons de l'idée qu'a eue Me Heck de réunir en volume les chroniques qu'il a publiées dans la Revue du Notariat : le lecteur y trouvera, dans un texte homogène, un excellent résumé du droit français et de la pratique notariale française dans ce pays auquel nous sommes tellement attachés. Nous faisons le vœu que cette publication soit l'objet d'une très large diffusion et nous sommes assuré que les lecteurs y trouveront leur intérêt. »

Au printemps de 1998, alors que j'avais abandonné mes « chroniques » depuis sept ans déjà, le doyen Comtois eut l'extrême délicatesse de me faire envoyer le numéro du 100e anniversaire de la Revue, contenant entre autres les remarquables articles que lui-même et Me André Cossette y

avaient fait paraître pour retracer sa véritable « saga ». Je lui répondis en ces termes qu'il me permettra de reproduire ici :

> « Vous connaissez mon attachement à la Revue et c'est avec émotion que j'ai lu le bel article que vous avez écrit à cette occasion.
>
> Quelle vie a été la vôtre ! Si, reprenant les paroles du Juge Mignault que vous citez, vous êtes un passionné du droit, on peut dire que la vie vous a donné l'occasion de satisfaire cette passion : professeur de droit, doyen de la superbe Faculté de droit de Montréal, collaborateur et directeur de la fameuse Revue du Notariat, influençant sur les choix des institutions civiles (comme les régimes matrimoniaux), praticien enfin, quelle carrière vous avez eue et je doute qu'il y ait beaucoup de juristes qui aient eu une vie aussi riche et variée que la vôtre ! Et puis, il y a chez vous ce désir de servir, d'être utile à la société, qui doit être le but ultime du juriste, et que vous avez atteint plus que la plupart des autres. Pour cet anniversaire ma pensée et mes sentiments cordiaux vont vers vous, ainsi que vers notre chère Revue naturellement.
>
> Je n'oublie pas en effet que vous m'avez jugé digne d'être un de ses collaborateurs, ce qui a été un grand honneur pour moi et un grand moment de ma vie. Il est bien certain que lorsque j'écrivais mes « chroniques » tard le soir ou les fins de semaines, je vous sentais en train de lire par dessus mon épaule et je m'interrogeais : que va en penser M[e] Comtois ? Est-ce suffisamment clair, assez compréhensible ?
>
> Ce fut une tâche assez difficile mais très stimulante. Je pensais aux confrères des quatre coins du Canada – notre cher Canada – qui (peut-être) liraient ces quelques lignes qui se voulaient un petit lien entre la lointaine France et eux. Pour tout cela je voudrais vous dire un grand merci.
>
> Au moment où la Revue célèbre ses cent ans, vous allez en quitter la direction. Votre départ sera une date, une page qui tourne, une époque qui se termine. Mais vous pouvez être fier de ce que vous avez fait et permettez-moi d'être un peu fier aussi d'avoir été quelque temps à vos côtés dans cette belle et utile entreprise. »

Si j'avais accepté d'enthousiasme de collaborer à la Revue, c'est parce qu'elle était canadienne et que l'affection, l'amour devrais-je dire, que je porte à la Belle Province ne date pas d'hier. C'est en quelque sorte une « affaire de famille ». En effet, mon arrière grand-oncle, l'écrivain Louis Bertrand (1866-1941), successeur de Maurice Barrès à l'Académie fran-

çaise avait montré la voie. Il représentait la France à Québec lors des manifestations organisées en juillet 1937 pour célébrer le poète Louis Frechette (où le jeune Roger Comtois l'a vu, il me l'a dit plus tard...). À son retour en France, Louis Bertrand écrivait : « Comme manifestation religieuse, je n'ai rien vu de plus beau qu'à Lourdes ; comme manifestation patriotique, je n'ai rien vu de pareil. Pour le Français qui passe, c'est le plus exaltant et le plus réconfortant des spectacles. On voudrait presser le Canada dans son cœur ».

Oui, le presser sur son cœur !

Et comment ne pas me rappeler la découverte de ce pays, découverte qui a tant influencé ma vie ensuite. C'était en juillet 1962. Après une année d'études à l'Université Harvard, les examens terminés, un ami français qui y enseignait, Stéphane Prévôt, me proposa une visite du Québec tout proche. Ce voyage, je ne l'oublierai jamais : ce fut, en quelque sorte, mon « baptême de francité »... Je revois notre vieille Plymouth '54 arrêtée au bord de la route, la frontière passée, et nous deux contemplant la vaste plaine allant jusqu'au Saint-Laurent, découvrant les noms des villes et des villages sur la carte, et écoutant la radio de bord (à lampes...) où toutes les stations (il y en avait plus qu'en France...) parlaient français, chantaient en français. Les larmes nous vinrent aux yeux... Jamais je n'oublierai ce moment béni ! Certes, notre civilisation était différente des autres (sans y être nécessairement opposée : ne sommes-nous pas tous en Occident fils de la Grèce, de Rome et façonnés par le christianisme ?), mais nous nous sentions différents et fiers de l'être. Le Québec, ce révélateur, nous le démontrait, et de quelle éclatante façon ! J'eus le même sentiment lors de mon séjour en Louisiane un peu plus tard.

Je pensais à tout cela lorsqu'à partir de 1991, j'ai contribué à la réintroduction du droit français dans l'ancienne Indochine (la « perle » de ce qui fut notre second Empire colonial...) en faisant envoyer des milliers de livres de droit aux instituts d'enseignement du Vietnam. Ce fut l'opération « Livres de droit pour le Vietnam » menée par l'association « Rencontres Notariat-Université » dont j'étais alors le président national. (Inutile de dire que le doyen Comtois que j'en avais informé, m'encouragea aussitôt dans mon entreprise et y participa de son côté).

Pari réussi, du moins largement. Je devais m'en rendre compte au printemps 2006 en allant enseigner à la Faculté de droit de Cantho au Vietnam à la demande de son doyen Me Nguyen Ngoc Dien (ancien notaire lui aussi, ce qui me rappelait Me Comtois), mon ancien stagiaire à Sceaux, premier

docteur en droit à Paris depuis la chute de Saïgon en 1975, qui m'y accueillait : il avait appris le droit français (et notre langue...) seul, grâce aux livres que nous lui avions fait parvenir... Et quelle ne fut pas mon émotion en découvrant, sur la façade du bâtiment principal ces mots : « Faculté de droit » (en français). Ainsi reprenaient, dans le domaine du droit, nos relations avec ce peuple si attachant et qui remontaient, ne l'oublions pas, au temps d'Henri IV. Rien n'est perdu lorsqu'on est décidé à lutter ! Me Comtois m'avait une nouvelle fois montré la voie. Je l'ai suivie et, puisque l'occasion m'en est donnée, qu'il me soit permis de l'en remercier.

Un seul regret toutefois : que n'existe pas (encore) un « Institut de droit canadien » dans une université française et spécialement parisienne, dont j'avais depuis longtemps et à de nombreuses reprises suggéré la création à plusieurs responsables universitaires français, comme il en existe, par exemple, un de droit musulman à la Faculté de droit de Paris (aujourd'hui Paris II) depuis les années 20.

En effet, écrivais-je en juin 1986 dans l'avant-propos du recueil de mes chroniques parues dans la Revue du Notariat : « Voici le Québec, occupant une place incomparable et originale dans l'Amérique du Nord, avec un droit aux racines résolument françaises mais influencé par les courants de la civilisation anglo-américaine, sorte de creuset où s'effectue souvent une synthèse heureuse des deux systèmes juridiques qui se partagent le monde occidental et qui, en outre, possède un notariat puissant et organisé. Aussi s'étonne-t-on que les expériences qui ont lieu là-bas – *et dans notre langue commune* – ne soient pas suivies avec plus d'attention par nous autres qui allons vivre dans une société qui s'ouvre vers l'extérieur, vers d'autres systèmes juridiques, sur le monde enfin ». (Quant au nom de cet Institut, il serait vite trouvé : l'Institut Roger Comtois !)

Cette sèche ignorance du droit québécois, souhaitons qu'elle cesse au plus tôt, pour notre profit à nous, juristes français. La tenue à Paris en décembre 2006 des « Journées franco-québécoises » organisées par « l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », que préside avec sa remarquable ardeur mon ami le professeur Michel Grimaldi, en est une heureuse préfiguration. C'est pourquoi, dans mon recueil de chroniques, j'encourageais mes compatriotes notaires à lire la Revue du Notariat, à s'y abonner. « La Revue du Notariat, c'est ‘‘le monde juridique nord-américain vu en français''. Toux ceux qui se passionnent pour demain comprendront, je crois ce message », concluais-je.

Cet indispensable rapprochement des systèmes juridiques, le doyen Comtois en a été l'irremplaçable artisan, ce qui ajouté à toutes ses activités au service du droit, justifie pleinement une existence humaine.

Nous lui dirons enfin – comme autrefois nos anciens prêtres – avec notre reconnaissance et notre fidèle affection « Ad multos annos » ! C'est notre vœu le plus cher.

ANECDOTES EN HOMMAGE À ROGER COMTOIS

Julien S. MACKAY*

---

* Notaire.

Certains personnages ont une stature et une personnalité telles qu'ils ne laissent pas indifférents ceux et celles qu'ils rencontrent dans leur vie. C'est le cas de Roger Comtois. Sa compétence, son érudition, sa droiture et sa simplicité ont fait de lui quelqu'un dont on recherche la présence. On savait qu'il était de nature pacifique et qu'avec son aide on trouverait toujours une solution. J'ai eu cette chance de le connaître au début de ma carrière et de pouvoir le côtoyer tout au long de la vie et encore maintenant.

Au lieu de choisir un texte d'ordre juridique pour lui rendre hommage, matière avec laquelle je suis moins familier maintenant, retraite oblige, j'ai préféré rédiger quelques anecdotes vécues qui laissent voir certaines facettes de sa riche personnalité et comme chacune est authentique, j'espère qu'il ne m'en voudra pas.

I. Arrivée à la faculté de droit en 1948 – La sécurité plutôt que la pratique privée

C'est à l'Université de Montréal pendant mes études de droit que j'ai connu Roger Comtois. Il arrivait de la pratique privée à Lachute et nous disait vouloir faire carrière à la faculté de droit comme professeur. Ça m'a surpris, parce que ça ne paraissait pas alors être une carrière enviable pour un jeune professionnel. Le salaire était je crois de 4 000 $ ou 4 500 $ par année !

Il avait fait ses études classiques au collège Bourget de Rigaud de 1934 à 1941.

J'ai fait moi-même une partie d'année à ce collège comme pensionnaire soit de novembre 1939 à juin 1940 en éléments latins. J'avais alors commencé mon cours classique au collège Stanislas d'Outremont en septembre 1938. C'est l'année de l'ouverture du collège sur la rue Rockland. On m'a placé en sixième bleue, soit l'équivalent des éléments latins dans le système canadien. En septembre 1939, j'ai commencé la cinquième, ou la syntaxe, à l'âge de 10 ans. J'admets que j'étais trop jeune et le directeur des études de Bourget, le père Lefebvre, me remit plutôt encore en éléments latins et il recommanda même à mon père à la fin de l'année de me retourner en septième année du primaire pour parfaire mes connaissances du français, ce qui me fut d'ailleurs très bénéfique.

En septembre 1939, c'est le déclenchement de la guerre et je me souviens encore de l'arrivée au réfectoire du collège Stanislas à l'heure du dîner

du directeur, l'abbé Amable Lemoine, qui, tout essoufflé, vint nous annoncer la nouvelle entendue à la radio que la guerre venait d'être déclarée.

Il faut croire que j'étais dissipé et c'est peut-être ce qui a décidé mon père à m'envoyer comme pensionnaire au collège Bourget où mon frère Edwin était lui-même allé de 1934 à 1938, justement dans la classe de Roger Comtois. En 1938, mon frère est ensuite allé à l'École Technique de Montréal, rue Sherbrooke, ce qui semblait mieux adapté à ses capacités et à ses aspirations scolaires. Mon frère s'est quand même toujours fait un devoir de participer chaque année à la rencontre des anciens élèves de cette promotion de Bourget et c'est comme ça que j'ai entendu parler de ce personnage qu'est Roger Comtois.

En septembre 1939, je me rendais chaque jour avec mon frère Éric au collège Stanislas en tramway à partir de Verdun. Une heure de voyagement par tous les temps ! Mon frère Éric était toujours sage comme une image alors que ma conduite en tramway avait valu à mon père une lettre des autorités de la Montreal Tramways Company, en anglais s'il vous plaît, menaçant mon père de m'interdire l'usage des tramways de Montréal si ma conduite ne s'améliorait pas. J'ai vu cette lettre mais je n'ai pu la retrouver dans les affaires de mon père, si toutefois elle a été conservée.

Je ne me souviens cependant pas de Roger Comtois qui, en 1939, était alors parmi les grands en rhétorique. Je l'ai connu en 1948 à la faculté de droit de l'Université de Montréal où il venait d'être engagé comme professeur. Et c'est là que je me souviens de lui avoir fait la remarque suivante : « Qu'est-ce que tu penses de laisser une carrière que tu as commencée en pratique privée pour choisir un poste comme professeur à petit salaire ! » Il m'a répondu que c'était pour lui plus prometteur que ça ne paraissait.

En arrivant à la faculté de droit, en 1947, j'ai retrouvé André Léger et Gérard Vermette qui étaient dans ma classe au collège Bourget. J'avais développé une certaine amitié avec eux, André étant devenu notaire à Montréal et Gérard notaire à St-Janvier. Tous deux sont maintenant décédés.

Roger Comtois a reçu sa commission de notaire en 1946. Il a fait sa cléricature et exercé sa profession à l'étude du notaire Gaétan Valois de Lachute jusqu'en 1948 et c'est d'ailleurs le notaire Simon Valois qui est cessionnaire de cette partie de son greffe.

En lisant ses *Lettres à Étienne,* dont j'ai l'honneur d'être parmi ses abonnés, j'ai compris que c'était vraiment l'enseignement qui l'intéressait comme carrière. En 1942, il s'inscrit à l'École normale Jacques-Cartier dans la section française pour les premiers six mois et dans la section anglaise à

compter de janvier 1943. Il a ensuite bifurqué vers la faculté de droit où il s'est inscrit puisqu'il pensait déjà au notariat.

Et nous connaissons la suite de sa merveilleuse carrière comme professeur, comme doyen de la faculté de droit et même comme président de la Chambre des notaires de 1966 à 1969 tout en maintenant une forme de pratique professionnelle pour une clientèle qui lui faisait toujours confiance.

II. Quand le professeur devient conférencier – Cours de préparation au mariage

Ces cours aux futurs mariés étaient à la mode et populaires dans les années 1950 et le sont demeurés jusqu'à l'arrivée de la société d'acquêts comme régime légal en remplacement de la communauté de meubles et acquêts en vigueur depuis 1866, ou communauté de biens comme on l'appelait plus communément.

Beaucoup de notaires ont donné bénévolement de ces cours dans leur région respective pour rendre service et pour recruter une clientèle, il ne faut pas se le cacher. Combien de soirées, de samedis ou de dimanches après-midi nous avons ainsi sacrifiés au détriment de notre famille!

J'en ai fait beaucoup moi aussi et c'est là l'anecdote. Quelqu'un me demande gentiment d'aller donner le cours dans le sous-sol d'une église de Verdun où j'ai mon étude et j'accepte. Mais quelle ne fut pas ma surprise en arrivant à l'heure dite de constater que le cours est déjà commencé et c'est la voix familière du notaire Roger Comtois que j'entends. Quand je me suis identifié, le responsable se dit tout confus de cette méprise et il s'excuse auprès de moi. Quelqu'un d'autre avait invité le notaire Comtois à rendre ce service et il ne refusait jamais. Il résidait d'ailleurs dans un logement de la rue Bannantyne à Verdun.

J'ai décidé de rester et de l'écouter. Ce fut pour moi l'occasion et la chance d'entendre sa présentation simple mais didactique de ce sujet alors qu'il s'adressait non pas à des étudiants à la faculté mais à des membres du public, généralement tout à fait ignorants de ces règles juridiques.

Ces cours ont perdu leur raison d'être un peu après l'arrivée de la société d'acquêts en 1970. Ce nouveau régime, à la préparation duquel le notaire Comtois a participé activement au point où on l'appelait familièrement le « père de la société d'acquêts », alliait maintenant les avantages de la séparation de biens pendant l'existence du mariage et du partage des

acquêts au moment de sa dissolution un peu comme c'était le cas en communauté de biens. Puisque c'est ce que la grande majorité des couples recherchaient dans leur union, il y a eu une baisse dramatique pour les notaires de la préparation et de la signature des contrats de mariage à compter de cette date.

III. La vedette qui se défile ! ou le Congrès de l'Union Internationale du Notariat Latin à Bruxelles en 1963

Ces congrès ont commencé à Buenos Aires en Argentine en 1948. Le notariat québécois avait délégué le notaire Marcel Faribault qui s'y était rendu en bateau. Au cours de cette croisière d'une durée de trois semaines il s'était astreint à apprendre l'espagnol.

Ces congrès ont encore lieu à tous les deux ans et en alternance entre l'Amérique et l'Europe. Le notaire Comtois a participé à plusieurs d'entre eux.

Le congrès de 1961 avait eu lieu à Montréal et un grand nombre de notaires du Québec y avaient participé. Ce fut tout un succès. Beaucoup de notaires en ont profité pour s'inscrire au congrès suivant prévu à Bruxelles en 1963.

Ces voyages ont toujours été pour les notaires participants provenant de toutes les parties de la province une occasion de se revoir et d'échanger. Mais, comme l'espace dans l'avion est restreint et qu'il est difficile pour les participants de rester à leur siège, cela provoquait un va-et-vient qui causait des maux de tête au personnel de l'avion.

Nous partons de Dorval pour Bruxelles en passant par Paris. On nous a expliqué que, comme la compagnie Air Canada n'avait pas de liaison régulière avec la Belgique, l'avion devait se poser d'abord à Paris, ce qui allongeait encore la durée du déplacement. Heureusement, l'avion n'a fait que survoler la tour Eiffel et, sans s'arrêter à Paris, a pris la direction de Bruxelles.

Tout le monde semble enfin heureux d'arriver à destination et d'aller se rafraîchir à sa chambre d'hôtel.

Dans un corridor de l'aéroport de Bruxelles, une délégation de notaires de Belgique nous y attend. Ces retrouvailles furent agréables.

Il y avait aussi des représentants de la télévision belge qui tentaient d'attraper un ou des notaires de notre délégation pour une entrevue sur

place. Chacun se défilait non sans leur recommander de s'adresser à un éminent professeur de la faculté de droit de l'Université de Montréal, le notaire Roger Comtois. Évidemment, il a accepté, mais il nous a laissé entendre que ça ne lui plaisait pas plus qu'à nous dans les circonstances.

À tout seigneur, tout honneur, lui disait-on !

IV. L'art d'administrer – Titulaire de la 4e année à la faculté de droit

C'est une responsabilité que Roger Comtois a eue pendant longtemps en plus de sa charge régulière de cours.

À ce titre, il devait recruter des notaires de pratique privée pour participer à cette quatrième année, instituée en remplacement de la cléricature pour assurer le développement des aptitudes des étudiants à la pratique notariale après l'obtention de leur baccalauréat ou de leur licence en droit, selon le cas, la différence étant dans la note obtenue à la fin de la 3e année.

Cette quatrième année avait été créée en 1950 pour remplacer l'ancienne cléricature existant depuis la loi de 1785. Il semble que cette cléricature, non spécifiquement encadrée, était devenue plutôt de complaisance dans bien des cas. Malgré la signature d'un brevet de cléricature en forme notariée, le clerc et le patron avaient trop de discrétion quant à l'application des notions qui devaient être enseignées aux clercs notaires.

L'obligation d'avoir suivi avec succès pendant trois ans un cours de droit dans une université du Québec en plus d'une cléricature pour pouvoir être admissible à une commission de notaire a été imposée en 1937. C'était déjà une amélioration importante pour l'exercice de la profession depuis cette première loi de 1785 et toutes ses modifications successives.

Et c'est la présence de Roger Comtois parmi les membres du corps professoral qui avait été la caution du succès de cette nouveauté.

Il m'avait alors demandé au début des années 1960 d'assumer la responsabilité du cours sur la rédaction des contrats de mariage et, à compter de 1970, des requêtes en modification de régimes matrimoniaux. Plus tard, il m'a confié l'enseignement de la technique du règlement des successions.

Or, lorsqu'il m'a appelé pour confirmer ma présence pour la deuxième année, je lui ai timidement demandé si ce travail continuait à être gratuit ou si nous avions droit à des honoraires pour le déplacement et pour le temps consacré.

Quelle ne fut pas ma surprise de réaliser que j'aurais dû poser cette question au début de l'année précédente. Le notaire Comtois ne m'avait pas informé qu'il fallait à chaque cession signer pour fins administratives le registre des présences placé à cet effet dans le salon des professeurs. Et j'en fus quitte pour une session de bénévolat !

V. L'ART D'ÉCOUTER – CONGRÈS DE MAI 1968

Au congrès de mai 1968 à Montréal à l'hôtel Reine Élizabeth, on sentait que, même si les notaires avaient conscience de vivre leurs meilleures années avec la construction en pleine expansion, avec le mieux-être matériel des travailleurs et avec l'amélioration des conditions de vie de la population, ils ne voulaient pas que la réalité leur échappe, trop occupés qu'ils étaient à faire le travail traditionnel qu'on leur demandait. Il y avait lors de ce congrès sinon un peu de panique chez certains notaires, du moins ce qui paraissait être de l'insatisfaction, de l'insécurité et même une certaine confusion.

Ce congrès s'est tenu pendant le triennat de Roger Comtois à la présidence de la Chambre des notaires.

On m'a demandé au début du congrès d'accepter de présider le comité des résolutions. J'étais tout fraîchement élu au Bureau de l'Ordre pour succéder au notaire G.H. Séguin, décédé, comme représentant du district de Montréal jusqu'à la fin du triennat.

J'ai suivi les délibérations de tous les ateliers pour finalement recevoir les diverses résolutions qui étaient présentées et j'avoue que j'ai été déçu de la réaction de certains notaires, éternels pessimistes devant l'établissement de l'utilité économique et sociale du notariat, ce qui devait être la fonction fondamentale de ce congrès.

Sans doute pour fouetter l'ardeur de certains participants, j'ai pensé me vider le cœur au moment de la réunion plénière du lendemain. Je rédige mon document de présentation que j'imagine objective, mais sans doute maladroite.

Je décide d'aller présenter ce document au président Roger Comtois dans sa chambre à l'hôtel, à minuit la veille de la plénière, pour avoir ses commentaires. Il m'a écouté sagement sans m'interrompre et, une fois que j'eus terminé, il me dit à peu près ceci : « Bon, tu as dit ce que tu pensais. Maintenant, déchire ce texte et nous allons imaginer ensemble ce que devrait être ce message de ta part ».

Ouf ! C'est assez franc et direct comme commentaire, mais c'est mérité et ça m'a servi de leçon de diplomatie. Je ne me souviens pas de ce que j'avais écrit, mais le congrès s'est terminé avec une résolution adoptée à l'unanimité demandant à la Chambre des notaires de créer en toute urgence, à sa prochaine session, une commission dont le mandat sera de :

> « réétudier le rôle actuel du notaire dans la société et de voir comment celui-ci pourrait être modifié, eu égard, entre autres, à la concurrence entre les différents éléments de la profession juridique, eu égard à l'adaptation de la formation universitaire et professionnelle à un marché élargi et plus exigeant, eu égard à l'organisation professionnelle et aux structures de l'Ordre, et eu égard aux différents modes d'exercice de la profession, et fasse rapport au prochain congrès, au plus tard dans deux ans. »

Le rapport final de cette commission intitulé *Le notariat québecois entre hier et demain* a été présenté en août 1972 et ses recommandations ont été réalisées dans les années suivantes pour adapter cette profession aux exigences de la société actuelle.

VI. Le Fonds d'études notariales – ou la recherche d'une plus grande rigueur dans l'administration des comptes *in trust*

À la fin des années 1960, la Chambre des notaires a demandé à un comité de notaires d'étudier la possibilité de créer une caisse centrale de dépôts pour toutes les sommes que les notaires reçoivent du public dans l'exercice de leur profession un peu dans le sens de la Caisse de dépôt et de consignation en France. Le comité en est venu à la conclusion que centraliser ainsi les dépôts risquait de trop changer les habitudes des notaires et le projet fut mis de côté.

C'est alors qu'à la première réunion de la Fédération des professions juridiques du Canada, à laquelle j'ai participé à titre de vice-président de la Chambre des notaires en août 1972 à l'hôtel Reine-Élizabeth de Montréal, j'ai entendu la présentation du rapport des onze premiers mois d'opération de la *Law Foundation of British Columbia,* créée en 1969. Le représentant nous a expliqué qu'ils avaient obtenu de leur gouvernement la modification de la loi organique de leur *Law Society* pour permettre la création d'une telle *Law Foundation* dont les revenus principaux sont les intérêts payés par les banques sur les comptes généraux en fidéicommis opérés par les membres de la *Law Society* dans l'exercice de leur fonction. Les membres

du conseil d'administration de cette Fondation sont nommés pour une moitié par la *Law Society* et pour l'autre moitié par le gouvernement.

J'ai rencontré les représentants de cette toute nouvelle *Law Foundation* pour obtenir le plus de renseignements possibles sur les origines de cette formule de financement, sur les règles de fonctionnement auprès des banques et des bureaux de juristes, sur les réticences rencontrées auprès des banques et des membres des *Law Societies* qui pourraient empêcher d'avoir la collaboration unanime des intervenants.

On m'a expliqué que cette formule avait commencé en Australie et on m'a donné la documentation alors disponible. C'était tout nouveau et ce principe semblait avoir été bien accepté puisqu'il permettait d'obtenir des banques de l'intérêt qui n'auraient autrement pas été payé à qui que ce soit. Cet argent pouvait être très utile pour financer la recherche en droit, la réforme du droit, la formation des membres de la profession et surtout l'organisation et le maintien de services de bibliothèques de droit.

Cela devait devenir pour les notaires du Québec la plus grande trouvaille des dernières décennies. Je suis allé immédiatement rencontrer le notaire Roger Comtois chez lui un soir. Le notaire Comtois avait été président de la Chambre de notaires de 1966 à 1969 et, selon la *Loi sur le notariat*, il continuait à siéger au Conseil de la Chambre à titre de membre de droit pendant le triennat suivant. Il avait encore une grande influence sur le développement du notariat et des notaires et ses judicieux conseils étaient souvent recherchés.

Ayant déjà discuté avec lui de solutions que nous recherchions au problème du financement des diverses activités de la Chambre en matière de formation, de recherche, de centre de documentation ou de bibliothèque, je sentais que je venais de trouver une source inouïe de financement par les banques comme conséquence du travail quotidien des notaires dans l'exercice de leur fonction. Je voulais un écho de sa part à l'effet que cette solution lui paraissait possible à première vue et qu'elle pouvait être appliquée à l'expérience du Québec.

Cette solution lui semblait plausible et elle permettrait à la Chambre de mettre en œuvre plusieurs des recommandations de la Commission d'étude sur le notariat.

Le gouvernement avait déposé le 18 novembre 1971 le projet d'un *Code des professions* et, en même temps, des projets de loi modifiant chacune des lois professionnelles pour les adapter à ce nouveau code des professions. C'était l'occasion rêvée pour la Chambre des notaires de demander

l'ajout d'un article autorisant la création d'un tel fonds pour recueillir ces intérêts des banques.

Une fois que cette modification à la loi fut accordée, ce fut le début d'une merveilleuse expérience qui se continue toujours pour le plus grand bénéfice des notaires et surtout pour le bénéfice de la population en général à cause d'une meilleure préparation et d'une meilleure compétence des notaires.

VII. L'intervention du conjoint – « Savez-vous pourquoi le conjoint doit intervenir ? »

Depuis la modification au *Code civil du Bas-Canada* en 1964 sur le droit de la famille, le concours de l'épouse est exigé lorsque le mari en communauté de biens dispose d'un immeuble de la communauté ou le grève d'un droit réel. Depuis l'introduction dans le Code civil, en 1981, de la notion de résidence familiale, le consentement du conjoint est requis pour aliéner ou grever d'un droit réel l'immeuble de moins de cinq logements qui sert, en tout ou en partie, de résidence principale de la famille. Les parties aux actes notariés peuvent aussi être des personnes nées et mariées ailleurs qu'au Québec sous un régime matrimonial ressemblant aux nôtres et cela justifie que le conjoint corrobore le régime matrimonial.

L'institution financière qui avance les fonds veut-elle le cautionnement du conjoint ? Ce sera une autre raison évidente pour son intervention du conjoint à l'acte.

C'est pour ça qu'on voit à l'occasion dans certains actes l'intervention du conjoint à qui on fait dire que, après avoir pris connaissance de l'acte, il consent, donne son concours, corrobore et on ajoute même quelques autres verbes actifs, le tout en autant que besoin est. Le notaire pense ainsi couvrir toutes les éventualités qu'il n'a pas identifiées clairement et qu'il n'est pas en mesure d'identifier. C'est inacceptable.

Le notaire Roger Comtois, dans une communication qu'il donnait à l'hôtel Reine Élizabeth à la demande de la Chambre des notaires lors d'un cours de perfectionnement spécialisé, et dont le texte n'est malheureusement pas publié, avait parlé de ce problème. Il faisait alors un commentaire sur un jugement concernant une vente par un mari en communauté de biens. Le notaire n'avait pas spécifié dans l'acte que l'épouse concourait à la vente et pourtant elle avait signé l'acte à l'étude du notaire.

Le tribunal interpréta la signature de l'épouse comme étant son concours actif. Le fait que le notaire ait omis de spécifier dans l'acte qu'elle concourait n'était pas mortel pour la validité de l'acte. Sa seule signature à l'acte était suffisante pour répondre au besoin imposé par le code civil. Malheureusement, il a quand même fallu recourir au tribunal pour régler cette rédaction fautive du notaire, recours que la présence d'un notaire aurait dû éviter.

Le notaire Comtois a ajouté que, si cet acte avait été fait lors d'un examen, il n'aurait pas donné la meilleure note à ce notaire pour cette rédaction pour le moins boiteuse. Mais le principal c'était la signature et elle y était et on ne pouvait pas interpréter autrement sa présence à l'étude du notaire et sa signature à l'acte.

C'est alors qu'il a parlé des cas où certains notaires ne semblaient pas connaître la raison qui nécessite l'intervention du conjoint. Il avait dit : « Savez-vous pourquoi le conjoint doit intervenir ? Si vous le savez, indiquez-le clairement. Si vous ne le savez pas, ne faites pas l'acte et poursuivez vos études ».

Le client a droit de savoir pourquoi on demande sa signature puisque ça l'oblige à un déplacement pour se rendre à l'étude du notaire ou même, dans certains cas, il doit produire une procuration en faveur d'une tierce personne pour cause d'éloignement et cela risque de l'engager sérieusement, comme c'est le cas pour un cautionnement.

VIII. La Revue du Notariat – et l'art d'écrire clairement

Le notaire Roger Comtois a été directeur de la Revue du notariat de 1957 à 1998.

Au moment où il a assumé cette responsabilité, la Revue du notariat était le seul véhicule de communication de la Chambre avec ses membres. C'était le fourre-tout de l'information aux notaires. Elle était publiée chaque mois à raison de dix fascicules par année. Quel travail fastidieux pour une personne qui avait quand même d'autres fonctions à plein temps.

Il a alors eu l'assistance du notaire Jean-Guy Cardinal et ensuite d'André Cossette, tous deux de regrettée mémoire.

Cette fonction l'a amené à lire, à corriger et dans bien des cas à refuser des textes mal écrits ou dont la construction des phrases était lourde et pénible à lire.

Combien de fois alors, ou dans des comités sur lesquels il siégeait, l'ai-je entendu dire au notaire « Qu'est-ce que tu veux dire » ou « Sais-tu ce que tu veux dire » ? Comme à écouter le notaire, ça paraissait clair, il ajoutait : « Eh bien ! écris-le comme tu viens de me le dire. C'est pas nécessaire de compliquer les phrases ».

Il a ainsi aidé beaucoup d'étudiants et de notaires à écrire simplement des textes faciles et agréables à lire avec des phrases simples.

La Revue du Notariat a toujours été une revue juridique de qualité. C'est d'ailleurs la plus vieille revue juridique publiée au Canada sans interruption depuis 1898.

Et la qualité et la quantité d'informations étaient impressionnantes. Le notaire Comtois se servait de la Revue, entre autres, pour répondre à des questions d'ordre juridique posées par des notaires de pratique privée qui sollicitaient sa compétence ou celle de ses adjoints, les réponses étant toujours claires et précises, et pour faire des commentaires de jurisprudence sur des sujets d'ordre notarial.

Un jour, il a été l'objet d'une boutade d'un notaire qui avait dit : « C'était facile la pratique du notariat jusqu'à ce que Comtois et Cardinal nous compliquent tout ça ».

IX. LE MANUEL DU NOTAIRE – *NOTARY'S HANDBOOK*

L'explication de cette nouvelle publication est donnée par le président Jacques Lagassé, de Sherbrooke, en avant-propos du Volume I en 1970.

« AVANT-PROPOS

> La Commission d'Étude sur le Notariat poursuit ses travaux. D'ores et déjà, elle a constaté que l'avenir du Notariat dépend dans une grande mesure d'une cause principale : la compétence. Les discussions, les études et les recherches nous ramènent fatalement à cette question.
>
> À la suggestion de cette Commission, les confrères Roger Comtois, André Cossette, André Labonté et Julien Mackay ont accepté de lancer « *Le Manuel du Notaire* ». Cette publication réunira dans un même volume le texte des lois nouvelles, des commentaires, des formules et, éventuellement, des arrêts de jurisprudence.

> Le Manuel du Notaire entend fournir un autre instrument utile aux praticiens ; il complètera l'œuvre de la Revue du Notariat, des Cours de perfectionnement et du Formulaire des actes notariés.
>
> Votre acceptation enthousiaste de cet ouvrage permettra d'institutionnaliser cette œuvre et de doter l'Ordre d'un autre instrument moderne d'information et de communication. »

Ce fut une première tentative de publication plus ambitieuse de textes comme l'avait demandé la Commission d'étude sur le notariat.

Ce fut une expérience intéressante mais hésitante peut-être, et sans but précis, à laquelle d'abord les Cahiers de la Direction de la recherche et de l'information et ensuite la collection actuelle des Répertoires de droit ont succédé.

Pendant les discussions du comité pour en arriver à la réalisation de ce Manuel du Notaire, Roger Comtois, sur qui le comité comptait pour en être la cheville ouvrière, avait pourtant dit aux membres du comité : « Vous êtes pas logiques, les gars ; je suis celui qui semble le moins d'accord avec cette publication et, pourtant, vous insistez pour m'en confier la réalisation » !

Nous lui avons répondu : « Mon cher Roger, ce n'est pas un manque de logique, mais plutôt une bonne stratégie. Avec toi, on sait que tu as la compétence et la rigueur pour en faire un succès ».

Chapeau encore à Roger Comtois pour la réalisation de cette initiative qui permit quand même de produire six volumes de 1970 à 1975 par abonnements annuels et par envois périodiques de la documentation.

Ces volumes sont encore disponibles pour consultation au Centre de documentation de la Chambre des notaires.

Pensions-nous réellement avoir inventé quelque chose de nouveau ?

Des recherches récentes m'ont fait découvrir dans les archives un premier « Manuel du Notaire » qui était l'œuvre du notaire Pétrus Hubert de Trois-Rivières. Il avait été édité en 1877 par les Éditions Beauchemin & Valois. Je n'ai trouvé qu'un seul exemplaire et il est à la Bibliothèque nationale du Québec. Il est intitulé *Le manuel du notaire ou Traité théorique et pratique et formulaire général du notariat* et porte la cote ICMH, 10629.

Voici ce que ce Manuel ou Traité contient :

1. La loi du 24 décembre 1875
2. Des explications de droit et de pratique sur chacun des actes qui peuvent être passés devant notaire
3. Les formules variées de ces actes
4. Le tarif des honoraires des notaires de 1876
5. Une table alphabétique des matières

(en première page de ce manuel, il est écrit :)

« Ce livre rédigé par Pétrus Hubert, notaire aux Trois-Rivières, membre de la Chambre des notaires de la province de Québec est adressé au vénérable et estimé Edward Glackmeyer, écuyer, Doyen et Président de la Chambre des notaires de la province de Québec. Avec sa bienveillante permission, il est respectueusement soumis et dédié. »

*
* *

Ce sont les quelques anecdotes qui me sont venues à l'esprit presque spontanément lorsque j'ai choisi d'exprimer ainsi mes hommages à son égard. Au cours d'une vie aussi longue et riche d'expériences que la sienne, je suis persuadé qu'il y en aurait beaucoup d'autres de ma part ou de la part d'autres personnes qui pourraient venir s'y ajouter. Et c'est ma façon de le remercier pour sa présence pendant toute sa vie.

L'ÉVOLUTION PRÉVISIBLE DE LA PRATIQUE DU DROIT DE LA COPROPRIÉTÉ DIVISE AU QUÉBEC

Serge ALLARD*

* Notaire, associé au sein du cabinet de Grandpré Joli-Cœur, avocats-notaires, Montréal.

Introduction

La copropriété est un phénomène récent et encore marginal. Elle est résidentielle, commerciale, institutionnelle ou mixte. Des projets particuliers sont destinés à des clientèles distinctives : des retraités, des familles monoparentales, des artistes, des professionnels de la santé, des hommes homosexuels de plus de 55 ans, des aînés en perte d'autonomie et des vacanciers.

Le parc immobilier des copropriétés est composé majoritairement de petits immeubles de moins de cinq étages ; comprend des duplex et des triplex, neufs ou convertis, des maisons unifamiliales, des maisons de ville, des bâtiments historiques restaurés, des églises réhabilitées et des usines recyclées.

Sont répertoriés à Montréal : des penthouses de plus de 4 000 000 $, des appartements de moins de 100 000 $ et des stationnements de plus de 150 000 $.

La copropriété est tout autant populaire à l'horizontale qu'à la verticale. Les bâtiments en copropriété sont nombreux dans le centre-ville de Montréal, dans ses couronnes nord et sud, dans les deuxièmes couronnes, au bord des lacs, au pied des pentes de ski, dans les villes et les banlieues.

Dans tous les cas, la copropriété naît par la publication d'une déclaration de copropriété notariée[1]. Les notaires Roger Comtois[2], Claude Robitaille, Stewart Millowitz et Serge Binette ont été des pionniers. Le droit et la pratique du droit de la copropriété se sont développés grâce au travail de

---

1 Art. 1038 C.c.Q.

2 Le notaire Comtois a beaucoup publié sur le droit de la copropriété : Roger COMTOIS, « Le vendeur d'une copropriété peut-il exiger que l'acquéreur lui rembourse ses contributions au fonds de réserve ? », (1986) 89 *R. du N.* 238 ; Roger COMTOIS, « L'acquéreur d'une copropriété n'est pas tenu de rembourser les contributions du vendeur au fonds de réserve », (1990) 93 *R. du N.* 93 ; Roger COMTOIS, « Le budget de la copropriété et l'assemblée générale des copropriétaires », (1990) 2 *C.P. du N.* 117 ; Roger COMTOIS, « Le droit de la copropriété selon le *Code civil du Québec* », (1994) 96 *R. du N.* 323, 443 ; Roger COMTOIS, *L'authenticité de l'acte notarié*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D.*, « Pratique notariale », Doctrine – Document 3 ; Roger COMTOIS, *Le droit de la copropriété des immeubles en droit québécois*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D.*, « Biens », Doctrine – Document 2.

recherche et aux suggestions éclairées des notaires, universitaires et praticiens.

Les dix dernières années ont été marquantes alors que la construction des copropriétés a connu un essor sans précédent.

Bien que le *Code civil du Québec* ait introduit plusieurs modifications significatives, il n'a, pour ainsi dire, pas évolué depuis sa mise en vigueur[3].

Mais qu'en est-il de l'offre des services juridiques dispensés par les notaires à l'occasion de la création ou de l'évolution des copropriétés ou de celle proposée par les avocats spécialisés en litige ou en gestion ?

Nous soumettons que la pratique du droit de la copropriété divise connaîtra une évolution considérable, pressée par l'évolution de l'offre et les nouvelles attentes légitimes des consommateurs, alors que de nouvelles problématiques résulteront des difficultés appréhendées et que des solutions novatrices devront impérativement être déployées.

La présente contribution appartient au domaine de la prospective. Elle est inspirée des sentiments que l'expérience pratique quotidienne ne cesse de nourrir.

I. Les nouvelles pratiques résultant de l'évolution du marché

Les notaires ont fourni un apport considérable au développement des pratiques afférentes à la création des copropriétés. Le *Répertoire de Droit* contenait plusieurs formulaires visant à répondre aux situations les plus fréquemment rencontrées[4]. Suivant en cela l'invitation des auteurs des formulaires, le *Répertoire de Droit/Nouvelle Série*, de la Chambre des

---

3 Sauf l'article 1069 C.c.Q.

4 Notamment : Serge BINETTE, *Déclaration de copropriété annotée*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D.*, « Biens », Formulaire – Document 1 ; Serge BINETTE, *Déclaration de copropriété (Formule intermédiaire pour copropriété de dix à quarante unités)*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D.*, « Biens », Formulaire – Document 1.2 ; Serge BINETTE et Serge ALLARD, *Déclaration de copropriété (Formule courte pour copropriété de huit unités ou moins)*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D.*, « Biens », Formulaire – Document 1.3 ; Serge BINETTE, Serge ALLARD et Bernard J. LANDRY, *Déclaration de copropriété sur des terrains non construits*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D.*, « Biens », Formulaire – Document 1.8.

notaires du Québec, est limité à un seul modèle de déclaration de copropriété[5] ainsi qu'à un seul modèle de déclaration de copropriété par phases[6] ; les auteurs de ces formulaires ayant considéré que l'accroissement de la diversité des types d'immeubles et des clientèles rendait impossible la rédaction de formulaires distincts visant à répondre à toutes les situations. Le notaire est invité à adapter les propositions générales.

C'est dans ce contexte de multiplicité des offres et des demandes que la pratique du droit de la copropriété doit tendre à satisfaire des formes de plus en plus spécialisées.

A. Le contexte

Les praticiens expérimentés croient que le droit de la copropriété est tributaire de l'évolution des pratiques. La doctrine et la jurisprudence confirment généralement cette prépondérance du vécu sur la théorie. Les nouvelles tendances seront certainement imposées par l'évolution de l'offre et de la demande.

1. La diversité du parc d'immeubles en copropriété

Une étude récente, commanditée par la Société d'habitation du Québec[7], démontre que dans la région de Montréal, 18,2 % des fractions de copropriété sont constituées de maisons ; la plupart en rangées (*townhouses*) (79,2 %) ; que 52,0 % des unités sont comprises dans des petits immeubles de moins de cinq étages pour 29,6 % dans des tours d'habitation[8]. L'étude démontre également qu'à Montréal, 23,7 % des fractions sont

---

5 Christine GAGNON, *Déclaration de copropriété divise d'un immeuble*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D/N.S.*, « Biens », Formulaire – Document 1.

6 Serge ALLARD, *Copropriété par phases ; déclaration de copropriété initiale*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Biens », Formulaire – Document 10.1 ; Serge ALLARD, *Copropriété par phases ; déclaration de copropriété concomitante*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Biens », Formulaire – Document 10.2.

7 Marc H. CHOKO, Gilles SÉNÉCAL et Nathalie VACHON, *La copropriété divise dans la région de Montréal et au Québec*, Québec, Société d'habitation du Québec, 2006.

8 *Id.*, p. 21.

situées dans des copropriétés comptant de 2 à 6 unités ; 28,7 % dans des immeubles de 7 à 24 unités ; 12,3 % dans des emplacements de 25 à 49 unités et 31,8 % dans des emplacements de plus de 50 unités[9].

Les copropriétés sont verticales, dans la grande majorité des cas, alors que les maisons unifamiliales ou en rangées et les copropriétés par phases sont généralement constituées sur des cadastres horizontaux.

Le parc des logements en copropriété est assez récent. L'étude souligne que 71 % des occupants ont acheté leur fraction au cours des dernières années[10].

L'expérience nous a démontré que c'est l'immeuble lui-même qui dicte la rédaction de la déclaration de copropriété. Le promoteur et les copropriétaires manifestent évidemment leurs préférences, mais les déclarations de copropriété sont appelées à se distinguer sensiblement les unes des autres, selon que la copropriété est horizontale, verticale, petite, grande, indépendante ou intégrée dans un ensemble développé par phases.

C'est l'implantation de l'immeuble et son architecture propre qui détermineront sa division entre les parties communes, communes à usage restreint et privatives et qui établiront les distinctions capitales entre les unités d'un même projet. Le règlement de l'immeuble et l'énoncé des conditions d'utilisation de ses parties privatives et communes différeront alors sensiblement d'un immeuble à un autre, au gré de la destination et du profil de la clientèle.

2. La disparité des clientèles

L'étude commanditée par la Société d'habitation du Québec rapporte que les unités de copropriété sont occupées par des couples dans une proportion de 41,6 % ; par des personnes seules dans une proportion de 44,2 % et par des ménages sans enfant dans une proportion de 74 % alors que 55,6 % des copropriétaires disposent d'un revenu de plus de 50 000$[11]. L'étude démontre que les copropriétaires de la grande région de Montréal

9 *Id.*, p. 24 (tableau 7).

10 *Id.*, p. 25.

11 *Id.*, p. 36 (tableau 19).

ont plus de 55 ans dans une proportion de 45,9 % ; ont une formation universitaire à 47,7 % et sont retraités dans une proportion de 33,8 %[12].

Les observateurs attentifs, lecteurs des cahiers récurrents sur l'immobilier que les journaux intègrent à leurs éditions du samedi, savent que la mise en marché des copropriétés se caractérise par le ciblage de clientèles distinctes : les premiers acheteurs, les jeunes, les télé-travailleurs, les retraités actifs, les villégiateurs, les investisseurs, les spéculateurs, les aînés, les « *trend setters* », les « *empty nesters* », les « *bobos* » et les hommes gais retraités.

Aussi, les rédacteurs des déclarations de copropriété savent bien que les promoteurs insistent de plus en plus pour préciser la destination de l'immeuble et de ses parties privatives. De la même manière qu'un immeuble imprime ses spécificités au texte, la clientèle ciblée et la destination de l'immeuble deviennent des orientations capitales qui dictent la politique éditoriale de la déclaration de copropriété.

3. La régularité de l'offre de services juridiques

Les possibilités sont infinies et toutes les potentialités de la déclaration de copropriété doivent être exploitées. Le rédacteur expert de la déclaration de copropriété doit tenir compte de tous ces éléments.

La Chambre des notaires du Québec publiait, en 1995, un *Guide de pratique et tarif indicatif* qui contenait une liste des actes juridiques devant être posés, lors de la constitution d'une copropriété divise pour un immeuble en construction à être vendu.[13]

Ce guide de pratique suggère l'accomplissement des actes juridiques suivants :

« 1. Ouverture du dossier

1.1 Appel téléphonique / entrevue avec le client ;

1.2 Prise de renseignements concernant le client et le dossier.

2. Examen des plans préparés par l'arpenteur-géomètre

---

12 *Id.*, p. 47 (tableau 26).

13 CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Guide de pratique et tarif indicatif – Biens*, Document 3, Montréal, 1995.

3. Visite des lieux pour une meilleure compréhension des besoins du client, s'il y a lieu

4. Préparation et rédaction d'un consentement à modification cadastrale par le créancier à être reçu en minute et publication de ce consentement (C.c.Q., art. 3044) : ce consentement doit viser le lot de remplacement et les subdivisions, sinon, nécessité d'en produire un à chaque étape

5. Examen des titres

6. Préparation et rédaction d'une déclaration de copropriété divise et des règlements applicables à l'immeuble :

6.1 Établissement des quotes-parts des dépenses communes et des catégories de dépenses en fonction notamment des articles 1046, 1053, 1064 et 1068 C.c.Q. ; (attention : porter une attention particulière à cet établissement) ;

6.2 Rédaction d'un préambule à la déclaration de copropriété établissant clairement qu'il s'agit d'un immeuble neuf et qu'il ne contient aucun logement au sens des articles 1 et 51 de la Loi sur la Régie du logement, L.R.Q., c. R-8.1 ;

6.3 Création et établissement des servitudes nécessaires à cet immeuble.

7. Vérification des possibilités d'inscription d'hypothèques légales de la construction et prévision des retenues de fonds lors des ventes

8. Conservation en fidéicommis des dépôts confiés par l'acheteur jusqu'à la publication de l'acte de vente sans entrée adverse

9. Prévision de deux copies de la déclaration de copropriété divise par unité de copropriété : une pour l'acheteur et une pour le créancier actuel ou éventuel

10. Obtention de l'arpenteur de deux copies du certificat de localisation par unité à être remis aux mêmes personnes que ci-dessus

11. Dans l'acte, déclaration par les parties que le constructeur ou le promoteur a respecté, lors des offres d'achat ou contrats préliminaires, les exigences prescrites par les articles 1785 et suivants C.c.Q.

12. Attention particulière accordée à la nouvelle notion d'« ensemble immobilier » introduite à l'article 1787 C.c.Q.

13. Si l'immeuble fait l'objet d'une location :

13.1 Analyse de l'impact de cette location en regard de l'article 51 de la Loi sur la Régie du logement, L.R.Q., c. R-8.1 ;

13.2 Analyse du cas de l'immeuble en fonction de la notion d'ensemble immobilier et des règles des articles 45 et suivants de la Loi sur la Régie du logement, L.R.Q., c. R-8.1.

14. Entrevue et signature de l'acte

15. Préparation, vérification et signature des copies

16. Correspondance, expédition des copies et fermeture du dossier »

Selon la liste publiée au *Guide de pratique et tarif indicatif*, le temps consacré à l'exécution de toutes ces tâches juridiques devrait être d'environ trente-quatre (34) heures.

L'énoncé de ce cadre normatif permet de définir l'apport du notaire à l'établissement de la copropriété. Sa mission est ainsi énoncée, en même temps qu'elle est restreinte. En effet, cette liste traduit une vision traditionnelle du rôle du notaire, conseiller juridique et officier public, qui est limitée à l'accomplissement des devoirs légaux liés à sa fonction primaire.

Cette liste ne permet pas de déceler le rôle dynamique du notaire, le responsable de la validité et de la pleine efficacité de l'outil de gestion que constitue la déclaration de copropriété et le gardien du caractère équilibré des prestations visant à distinguer les droits et obligations du promoteur, des acquéreurs et des copropriétaires des différents types d'unités.

B. Les attentes des consommateurs

Si nous croyons, en l'espèce, que le consommateur est souverain c'est parce que l'expérience a démontré que ce droit évolue sous la pression du marché davantage qu'en raison des directions imprimées par un législateur éclairé.

1. La particularisation des produits

C'est souligner une évidence que d'affirmer aujourd'hui que l'information est de plus en plus accessible et que les consommateurs sont de plus en plus exigeants.

Le droit de la copropriété est vaste et complexe mais des efforts significatifs de vulgarisation et de diffusion de ses éléments essentiels ont été réalisés avec succès. Des sites Internet sont aujourd'hui consacrés à l'information des copropriétaires[14].

Depuis quelques années, le *Salon de la copropriété* de Montréal est visité par des milliers de consommateurs invités à venir y entendre des conférences sur le droit et la pratique de la copropriété et à y recevoir des consultations juridiques gratuites offertes par des experts.

Des ouvrages de vulgarisation sur le droit et la gestion des copropriétés au Québec ont été publiés récemment[15].

Ces enseignements ont en commun d'inviter le consommateur à prendre garde à la qualité de la documentation juridique. Il est invité à s'assurer que les documents usuels, tels les plans cadastraux, le certificat de localisation, la déclaration de copropriété, le contrat préliminaire, la note d'information, les règlements complémentaires et les contrats auxquels le syndicat est partie sont originaux et rédigés dans le respect des particularités de l'immeuble.

L'acquéreur est sensible à la qualité des lieux et aux qualités du bien. Et si une documentation légale de grande qualité ne peut servir significativement à faire vendre une fraction de copropriété, des documents incomplets ou inadéquats peuvent certainement en empêcher la vente.

L'étude citée ci-dessus démontre que les copropriétaires sont expérimentés et éduqués. Une proportion importante de ces acquéreurs ont plus de 55 ans et détiennent un diplôme universitaire. Par ailleurs, ils en sont souvent maintenant à répéter l'expérience de l'achat d'une copropriété et ont beaucoup appris des erreurs du passé.

---

14 Condolegal.com ; droitdelacopropriete.qc.ca ; condoliaison.org.

15 André M. BENOÎT, Yves JOLI-CŒUR et Yves PAPINEAU, *Le condo : Tout ce qu'il faut savoir*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006 ; Marie TRUDEL et André M. BENOÎT, *Manuel de gestion d'un syndicat de copropriété divise au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.

2. Le souci de la conformité

Il résulte du préjugé favorable dont le notaire bénéficie généralement que le consommateur s'attend à ce que son intervention soit gage absolu de sécurité. Le notaire doit faire preuve de diligence parfaite[16].

Sachant que la naissance de la copropriété est une affaire délicate et que le notaire doit y consacrer tous les efforts visant à assurer la conformité des actes à tous les impératifs imposés par la Loi et la situation, le consommateur serait étonné s'il venait à devoir douter de la validité et de la pleine efficacité de la déclaration de copropriété et des documents complémentaires.

Nous avons observé que le consommateur s'abandonne totalement à la confiance qu'il porte au notaire, persuadé que sa mission et sa responsabilité traduisent son souci de la conformité de la création de la copropriété.

La création de la copropriété et la rédaction d'une déclaration de copropriété sont des actes juridiques intimes et presque clandestins. En effet, le notaire est seul rédacteur et aucune personne, ni organisme, n'est chargé d'apprécier la qualité de sa contribution. Nous savons que l'intervention du créancier hypothécaire, imposée par la Loi[17], n'est pas probante à cet égard en ce que le projet soumis n'est, dans la pratique, généralement pas appréhendé dans sa complexité et sa singularité. Les notaires expérimentés avoueront d'emblée que, paradoxalement, beaucoup d'acquéreurs accordent peu d'importance à la documentation légale et ne font pas l'effort d'en saisir ou critiquer les particularités.

Le droit de la copropriété est ainsi pratiqué que c'est le notaire qui rédige et publie la déclaration de copropriété et qui reçoit toutes les premières ventes aux acquéreurs. Cette démarche permet de perpétuer ainsi le secret du service juridique et il faudra parfois attendre plusieurs années, lors des reventes, pour qu'un confrère rigoureux et méticuleux vérifie attentivement, à l'occasion de la recherche et de l'analyse du titre, la validité de la déclaration de copropriété ; tout en cherchant à en évaluer, superficiellement en l'absence de faits et de mandat, la parfaite efficacité.

---

16 L'expression est de Nicholas Kasirer : « Le parfait notaire », (1999) 101 *R. du N.* 403.

17 Art. 1059 C.c.Q.

Il convient alors de se demander quelle est la valeur ajoutée que le conseiller juridique expert peut être en mesure d'apporter à un projet de copropriété.

3. L'apport du rédacteur expert

La création d'une copropriété divise est une opération juridique. Le notaire en est le maître d'œuvre. Il doit diriger tous les aspects de la création de la copropriété et éviter que des actes, ayant des répercussions juridiques importantes, soient posés par le propriétaire ou les autres professionnels.

C'est le notaire qui doit imposer sa vision du cadre juridique propice au meilleur développement du projet. Le conseiller juridique expert est la personne la plus compétente pour guider le promoteur quant à tous les aspects juridiques du projet, par exemple l'établissement de servitudes entre les parties privatives, la constitution des parties communes à usage restreint, l'opportunité de recourir à la copropriété par phases et la conformité du projet aux règlements municipaux.

À ces égards, la rédaction de la déclaration de copropriété doit pouvoir offrir la meilleure sécurité aux acheteurs, tout en permettant au promoteur de jouir de la plus grande souplesse quant aux modifications qui risquent de s'imposer à son projet pendant sa mise en œuvre et sa vente.

L'indéniable pertinence de cette intervention prioritaire du notaire nécessite qu'il s'implique dans le projet dès son départ. Le notaire sera en mesure d'imposer sa vision à l'architecte et aux ingénieurs en leur suggérant que la déclaration de copropriété et les servitudes permettent le partage de certains espaces et services. Nous avons observé que des économies considérables sont susceptibles d'en résulter sans que la qualité de la construction soit pour autant compromise.

Les opérations cadastrales sont multiples et déterminantes. La division matérielle de l'immeuble, en parties privatives ou communes, s'opère par la subdivision du lot originaire. L'exercice n'est pas seulement technique. Les personnes impliquées doivent dès lors s'entendre sur les conséquences juridiques de cette division matérielle. Le caractère commun ou privatif des lots accessoires, comme par exemple les stationnements et les rangements, doit être déterminé dès cet instant. C'est une collaboration étroite et constante entre les architectes, les ingénieurs, l'arpenteur-géomètre et le notaire qui permettra la constitution de la copropriété la mieux adaptée à l'espèce.

Nous l'avons souligné, c'est, dans une grande proportion, l'immeuble qui impose les particularités de la déclaration de copropriété. Dès lors, il apparaît impossible de concevoir et de rédiger une déclaration de copropriété sans que le notaire ait pu discuter avec l'architecte ou le gérant de chantier et n'ait procédé à une ou plusieurs visites approfondies de l'immeuble.

Le rédacteur expert doit imposer son autorité. C'est le conseiller juridique qui doit définir les droits et obligations des copropriétaires. Il doit imposer d'emblée son veto à tout objectif qui n'est pas susceptible de pouvoir être atteint, en raison des impératifs de la Loi et à toute disposition dont la finalité est impossible à justifier. Il est inconcevable, par exemple, que, dans une copropriété mixte, les parties privatives à destination commerciales soient totalement affranchies des charges de la copropriété. Le notaire doit refuser de prêter son concours à la poursuite d'objectifs injustifiables ou illégitimes.

La rédaction d'une déclaration de copropriété valide et efficace constitue un exercice de création où le notaire doit assumer pleinement sa mission de conseiller juridique privilégié[18]. L'expert doit refuser de se livrer à cet exercice, s'il n'est pas disposé à réaliser un acte profondément original, parfaitement adapté aux caractéristiques inhérentes à l'immeuble et au profil de ses occupants.

Plusieurs éléments déterminants de la déclaration de copropriété méritent l'intervention experte du rédacteur.

La déclaration de copropriété doit comprendre la détermination des valeurs relatives des fractions[19]. Nous avons observé que, depuis longtemps[20], la méthode imposée par la Loi n'est souvent pas rigoureusement respectée. C'est le rédacteur de la déclaration de copropriété qui doit guider le promoteur dans l'établissement des valeurs relatives et l'informer de ses conséquences sur la répartition des droits dans les parties communes[21],

---

18 Voir : http://www.droitdelacopropriete.qc.ca/cc_rn_01.htm.

19 Art. 1041 C.c.Q. ; Serge ALLARD, « La valeur relative des fractions en copropriété », (1990) 2 *C.P. du N.* 1.

20 CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC – COMITÉ SUR LA COPROPRIÉTÉ, *Étude sur les déclarations de copropriété*, Montréal, 1989 (document non publié).

21 Art. 1046 C.c.Q.

la répartition des votes[22] et des charges[23]. Le laxisme ou l'erreur dans l'établissement des valeurs relatives est lourd de conséquences[24].

La destination de l'immeuble doit être énoncée dans la déclaration de copropriété[25]. La notion de destination est déterminante[26]. Elle doit être établie avec soins et il appartient au conseiller juridique de guider le promoteur dans sa définition.

Il faut bien peu pour qu'une déclaration de copropriété soit valide, mais il faut beaucoup pour qu'elle soit efficace[27]. Aussi, au-delà de ce qui est requis pour que la copropriété puisse naître valablement, l'expert doit proposer l'inclusion, à l'ACTE CONSTITUTIF et à l'ÉTAT DESCRIPTIF, des dispositions adéquates permettant la saine administration des droits et obligations des copropriétaires. Devront être stipulés dans un grand luxe de détails, par exemple : la destination de l'immeuble ; les pouvoirs et devoirs respectifs des organes du syndicat ; les dispositions afférentes aux assurances de la copropriété ; les conditions d'exercice du droit de propriété dans les fractions ; les règles afférentes à la fin éventuelle de la copropriété ; les conditions relatives à la jouissance, à l'usage et à l'entretien

---

22 Art. 1090 C.c.Q.

23 Art. 1064 C.c.Q.

24 Art. 1068 C.c.Q. ; *Gareau* c. *Syndicat de la copropriété 415 St-Gabriel*, [1998] R.J.Q. 1553 (C.S.).

25 Art. 1053 C.c.Q.

26 Art. 1041, 1056, 1063, 1098 et 1102 C.c.Q. Voir : *Saba* c. *Fitzgibbon*, J.E. 94-1505 (C.S.) ; *Wilson* c. *Syndicat des copropriétaires du condominium Le Champlain*, [1996] R.J.Q. 1019 (C.S.) ; *Miller* c. *Syndicat des copropriétaires de « Les résidences Sébastopole Centre »*, J.E. 96-1044 (C.S.) ; *Syndicat de copropriété Novell II* c. *Ambeliotis*, [1997] R.D.I. 539 (C.S.) ; *Bergeron* c. *Martin*, [1997] R.D.I. 241 (C.S.) ; *Syndicat des copropriétaires de Trillium Court Condominium* c. *Ouellette*, [1998] R.D.I. 667, 672 (C.S.) ; *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, [1998] R.J.Q. 1892 (C.S.) ; *Kilzi* c. *Syndicat des copropriétaires du 10400 boulevard l'Acadie*, [1998] R.J.Q. 2393 (C.S.) ; *Banque Nationale du Canada* c. *Cavanagh*, REJB 98-10924 (C.Q.) ; *Kilzi* c. *Syndicat des copropriétaires du 10400 boulevard l'Acadie*, J.E. 2001-1784 (C.A.) ; *Syndicat des copropriétaires Les immeubles les Cascades St-Laurent* c. *Zrihen*, [1999] R.D.I. 43 (C.S.) ; *Syndicat des copropriétaires de l'Aristocrate* c. *Morgan*, J.E. 2000-1042 (C.S.) ; *Nathan et Montplaisir* c. *Syndicat de la copropriété Villas de Castel Inc.*, REJB 2003-50906 (C.S.) ; *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551.

27 Serge ALLARD, *La copropriété divise*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Biens », Doctrine – Document 2, nº 165.

des parties privatives et communes ; les règles disposant du fonctionnement et de l'administration de la copropriété[28].

L'article 1064 du *Code civil du Québec* impose que les charges communes soient réparties en proportion de la valeur relative.

Cette disposition est d'ordre public[29]. Toutefois, la Loi prévoit une exception pour les charges résultant de l'utilisation des parties communes à usage restreint qui doivent être assumées par les utilisateurs. Il est généralement fait un usage abondant de cette exception et la déclaration de copropriété doit en prévoir l'application, le cas échéant[30]. Un protocole évolutif de répartition des charges dans les copropriétés à destinations mixtes est souvent proposé. C'est la mission de l'expert d'en évaluer l'opportunité et d'en justifier l'application.

La copropriété par phases connaît, depuis plusieurs années, un important succès. Plusieurs projets sont intégrés en raison de motifs tenant à la réglementation municipale. Les sites importants sont développés progressivement, au gré de la vente des unités, malgré qu'ils soient, dès le départ, planifiés dans leur intégralité. La copropriété par phases existe sous plu-

---

28 Voir : C. GAGNON, *loc. cit.*, note 5.

29 La jurisprudence a confirmé le caractère d'ordre public de la corrélation entre la valeur relative et la contribution aux charges : *Syndicat des copropriétaires Domaine Rive St-Charles* c. *Noël*, [1997] R.D.I. 127 (C.Q.) ; [1997] R.J.Q. 3057 (C.S.) ; *Dufromont* c. *Syndicat des copropriétaires du Manoir du carrefour*, [1999] R.D.I. 713 (C.Q.).

30 Sur les parties communes à usage restreint : Gilles LAFLAMME, « Acquisition d'un immeuble par une copropriété et partie commune à usage exclusif vs partie exclusive », (1988) 4 *C.P. du N.* 157 ; Bernard J. LANDRY, « Copropriété horizontale : Les immeubles non bâtis peuvent faire l'objet de la répartition prévue à l'article 441b du Code civil et Le droit à l'usage exclusif d'une partie commune peut-il faire l'objet d'un acte de vente ? », (1988) 4 *C.P. du N.* 139 ; Christine GAGNON, « La détermination du caractère commun ou exclusif de certaines parties d'un immeuble en copropriété divise », dans Serge ALLARD, François BROCHU, Guy DELISLE, Christine GAGNON, Denys-Claude LAMONTAGNE et Pierre PEPIN, *Récents développements en droit de la copropriété divise*, Montréal, Chambre des notaires et Éditions Thémis, 1993, p. 1 ; Christine GAGNON, « Questions pratiques en copropriété divise : charges communes, espaces de stationnement et destination de l'immeuble », (2000) 1 *C.P. du N.* 79 ; Serge ALLARD, « De certains problèmes soulevés par le certificat de localisation en copropriété divise », (2005) 1 *C.P. du N.* 195, 210-214.

sieurs formes[31]. Le conseiller juridique expert doit guider le promoteur et ses acquéreurs vers la forme la plus adaptée à l'espèce.

De plus, en raison de la complexité juridique générée par ces ensembles, l'expert doit être compétent au point de maîtriser tous les aspects de la formule retenue et, dans certains cas, de suggérer des dispositions particulières résultant de la mixité imposée des méthodes.

L'implication de l'expert est alors d'une exceptionnelle intensité. Ces régimes élaborés sont d'une grande complexité et le notaire doit exceller à maîtriser la méthode et à en faire admettre et comprendre les subtilités. C'est la responsabilité professionnelle du notaire qui sera alléguée dans l'éventualité où le dysfonctionnement de la déclaration de copropriété et de la division matérielle de l'immeuble venait à être dénoncés. C'est parce que le notaire est ainsi responsable de la création de la copropriété qu'il doit être extrêmement rigoureux dans l'accomplissement de son mandat.

Il ne fait pas de doute que la spécialisation de la pratique du droit de la copropriété s'intensifiera au cours des prochaines années. Il apparaît impossible maintenant de pratiquer le droit de la copropriété en dilettante. La demande pour des actes pleinement valides et efficaces ne cessera de croître, imposant en cela l'accroissement des compétences des rédacteurs.

---

31 Serge ALLARD, *Les nouvelles modalités de la copropriété par phases (selon la méthode des déclarations de copropriété concomitantes)*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Biens », Doctrine – Document 7 ; S. ALLARD, *Copropriété par phases ; déclaration de copropriété initiale*, *loc. cit.*, note 6 ; S. ALLARD, *Copropriété par phases ; déclaration de copropriété concomitante*, *loc. cit.*, note 6 ; Serge ALLARD, « La copropriété par phases », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 198, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1 ; Gilles LAFLAMME, « Trois copropriétés associées », (1988) 4 *C.P. du N.* 71 ; Gérard DUCHARME, « Trois copropriétés : un centre communautaire », (1988) 4 *C.P. du N.* 3 ; Daniel THERRIEN, *La copropriété au carré*, Québec, Ministère de l'Énergie et des Ressources – Service du cadastre, mars 1990 (document non publié) ; Denis MARSOLAIS, « La copropriété au carré », dans *Cours de copropriété divise et indivise*, Association du Barreau canadien, 11 octobre 1988 ; Luc GRATTON, « La copropriété par phases : un cas pratique », dans *Cours de copropriété divise et indivise*, Association du Barreau canadien, 11 octobre 1988 ; Bernard J. LANDRY, « Comment réaliser une seule copropriété en plusieurs phases », (1988) 4 *C.P. du N.* 33 ; François FRENETTE, « Notes sur la copropriété par phases », (1988) 91 *R. du N.* 200.

4. La mission de l'officier public

Dès 1969, le législateur a manifesté l'importance de la déclaration de copropriété en imposant qu'elle soit notariée[32]. L'intervention du notaire peut se justifier à plus d'un titre. L'acte notarié en minute est conservé par le notaire qui peut en émettre un nombre illimité de copies authentiques.

À titre d'officier public, le notaire doit agir avec indépendance et impartialité. Ces obligations doivent être rigoureusement respectées lors de la création d'une copropriété. En effet, le notaire qui préside à la création d'une copropriété est généralement mandaté pour officier à ses premières mutations. L'apparence de conflit d'intérêts est souvent dénoncée par les acquéreurs. C'est pourquoi le notaire doit s'employer à rédiger une déclaration équilibrée et s'opposer, auprès de son client promoteur, à l'inclusion de clauses abusives ou lésionnaires. L'officier public ne peut prêter son concours à la stipulation d'avantages indus au bénéfice du promoteur. Il est de l'essence de la pratique notariale d'exercer ces devoirs d'indépendance et d'impartialité avec autorité.

Le notaire a un devoir de conseil. La pratique du droit de la copropriété est un domaine privilégié pour son accomplissement. La déclaration de copropriété doit être expliquée aux acquéreurs jusqu'à ce que ceux-ci puissent en saisir les éléments distinctifs et les subtilités.

Notre expérience nous a permis de constater que les notaires s'acquittent généralement bien de leurs obligations d'indépendance et d'impartialité et que, malgré que le mandat de constituer la copropriété et de procéder aux premières ventes soit imposé par le promoteur, les acquéreurs peuvent jouir de la protection résultant de l'accomplissement et de la satisfaction de ces obligations.

Toutefois, il appert que l'accomplissement du devoir de conseil pose souvent problème. La Cour suprême du Canada a même déjà souligné que certains copropriétaires n'étaient pas liés par les dispositions restrictives d'une déclaration de copropriété parce qu'ils n'en avaient jamais fait la lecture...[33] !

---

32 Art. 441m, C.c.B.C.

33 Christine GAGNON et Serge ALLARD, « La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Syndicat Northcrest* c. *Amselem* et le droit québécois de la copropriété divise : le point de vue notarial », (2005) 1 *C.P. du N.* 317.

Ces situations sont inadmissibles et des efforts de vulgarisation et d'éducation doivent être réalisés par les notaires instrumentants qui devront exécuter pleinement leur mission et valoriser leur intervention en prenant soin de bien expliquer et de bien faire comprendre aux acquéreurs des fractions de copropriété toutes les particularités originales susceptibles de caractériser leurs droits.

C. La réhabilitation des mesures de protection

L'éducation du consommateur favorise l'accroissement de ses exigences. La pression sera donc accentuée pour que toutes les mesures afférentes à sa protection soient rigoureusement observées. Les lois québécoises manifestent ce souci de protection du consommateur depuis plusieurs années. La jurisprudence a même déjà statué que, dans certaines circonstances, la *Loi sur la protection du consommateur*[34] recevait application dans la pratique du droit de la copropriété[35].

1. Le contrat préliminaire et la note d'information

L'article 1785 du *Code civil du Québec* impose la conclusion d'un contrat préliminaire dès qu'il s'agit de la vente d'un bâtiment construit ou à construire, à usage exclusif ou non, d'habitation.

Lorsque toutes les conditions imposées par la Loi sont réunies, la vente doit être précédée d'un contrat préliminaire aux termes duquel une personne promet d'acheter l'immeuble. Le contrat préliminaire a un contenu obligatoire[36]. Il doit mentionner le nom et l'adresse du vendeur et de l'acheteur, l'ouvrage à réaliser et sa date de délivrance, le prix de vente et les droits réels qui grèvent l'immeuble. Il doit contenir les informations utiles relatives aux caractéristiques de l'immeuble.

Plus importante encore est la faculté de dédit qui doit être prévue au contrat préliminaire et qui permet au promettant-acquéreur de retirer son

---

34 L.R.Q., c. P-40.1.

35 *Turgeon* c. *Germain Pelletier Ltée*, [2001] R.J.Q. 291 (C.A.) ; *Lafrance* c. *Manoir Monkland inc.*, B.E. 2003BE-380 (C.Q.) ; *Lafrance* c. *Manoir Monkland inc.*, [2004] R.D.I. 203 (C.Q.) ; *Fournier* c. *Constructions Beau-Design inc.*, B.E. 2004BE-816 (C.Q.).

36 Art. 1786 C.c.Q.

offre dans les dix jours. Il peut être prévu que, dans l'éventualité de l'exercice de ce privilège, une indemnité soit payable, mais celle-ci ne peut excéder un demi de 1 % du prix de vente stipulé. La Loi n'impose aucune formalité pour l'exercice de la faculté de dédit[37].

Des règles particulières sont également prévues dans l'éventualité où la vente porte sur une fraction de copropriété d'un immeuble à usage d'habitation et que l'objet de la vente fait partie d'un ensemble qui comporte au moins dix unités[38]. Une note d'information doit alors être fournie à l'acquéreur, qui devrait en tirer une profonde satisfaction tellement les exigences du législateur sont nombreuses.

La note d'information doit notamment comprendre un résumé de la déclaration de copropriété, ainsi qu'un état prévisionnel budgétaire[39]. L'imposition de la note d'information tient sa source d'un antécédent. Depuis le 17 décembre 1987, l'article 54 de la *Loi sur la Régie du logement*[40] impose la délivrance d'un rapport d'expert ou d'une circulaire d'information avant la première vente de chaque logement d'un immeuble ayant été converti en copropriété divise.

La réalisation du contrat préliminaire constitue une condition de validité de la vente qui peut être annulée si l'acheteur en subit un préjudice sérieux[41].

Il semble que l'omission de la note d'information entraîne des conséquences moins dramatiques. Selon le professeur Pierre-Gabriel Jobin, la formulation employée par le législateur tient davantage de l'imposition d'une obligation, que d'une condition de validité[42]. Selon lui, l'absence de la note pourrait servir de fondement à un recours portant sur l'erreur ou le dol, ou contribuer à faire la preuve du préjudice sérieux lorsque le contrat préliminaire n'a pas été produit. Toutefois, le professeur Denys-Claude

---

37 *Silva* c. *Poirier*, [2002] R.D.I. 664 (C.Q.).

38 Art. 1787 C.c.Q.

39 Art. 1788 C.c.Q.

40 L.R.Q., c. R-8.1.

41 Art. 1793 C.c.Q.

42 Pierre-Gabriel JOBIN, *La vente dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 226.

Lamontagne émet son opinion à l'effet que la note d'information forme un tout indissociable avec le contrat préliminaire et qu'il faut appliquer les mêmes sanctions en cas d'absence ou de délivrance de la note[43].

Malgré que les conséquences du défaut de pallier à ces exigences soient importantes, il appert que ces obligations ne sont pas toujours satisfaites avec rigueur. Nous avons observé que plusieurs ventes étaient conclues en l'absence de toute note d'information et que certaines d'entre elles étaient incomplètes. Les fondements de ces mesures de protection sont pleinement justifiés. La complexité et la diversité des copropriétés imposent que toutes ces informations préalables soient communiquées au promettant-acquéreur.

Au fur et à mesure que la formule se développera et que la compétition entre les promoteurs s'intensifiera, l'éducation des consommateurs portera ses fruits. Il ne fait aucun doute que le contrat préliminaire et la note d'information seront réhabilités à l'avenir et que le recours à ces instruments participera pleinement de la stratégie de vente des projets de qualité.

2. La vérification diligente

L'acquéreur avisé sollicite des conseils juridiques éclairés lors de l'acquisition d'une fraction de copropriété divise existante. Il doit s'en remettre alors à son conseiller juridique, qui procédera à l'examen de documents complexes et volumineux et effectuera certaines vérifications fondamentales auprès du syndicat avant d'attester de la qualité du titre du propriétaire et de l'investissement. La vérification diligente (« *due diligence* ») est bien implantée en immobilier commercial. À n'en pas douter, elle devra s'imposer lors de la revente des fractions de copropriété.

Nous le verrons, des difficultés sont susceptibles d'être appréhendées en raison, notamment, du vieillissement de l'immeuble, de la qualité de la gestion des syndicats et des problèmes juridiques qui risquent de se présenter.

---

43 Denys-Claude LAMONTAGNE, *Droit de la vente*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 171.

Une étude a d'ailleurs déjà été publiée afin de sensibiliser les notaires et les avocats à la nécessité de faire un examen attentif des particularités juridiques de l'objet de la vente[44].

Le conseiller juridique procédera, pour le compte de l'acheteur, avant la passation de la vente, à une analyse attentive des éléments distinctifs physiques et matériels de l'objet de la vente.

La déclaration de copropriété divise ayant été rédigée par le notaire qui a présidé à la passation des premières mutations, c'est lors des premières reventes qu'il faudra que les examinateurs de titres procèdent à l'analyse minutieuse de la déclaration de copropriété eu égard à sa validité et à son efficacité.

En raison des disparités sensibles qui y sont observées, le mandataire de l'acquéreur aura pour mission de déterminer avec précision la nature juridique de la partie privative, ses bornes et ses mesures, et les droits sur les parties accessoires y afférentes, tels les stationnements et les rangements.

L'analyse de la documentation juridique portera également sur le plan cadastral et le certificat de localisation, sur le Règlement de l'immeuble et ses modifications, ainsi que sur la tenue du registre de la copropriété.

Le conseiller juridique adressera au syndicat les questions suivantes[45] :

- Quel est le montant des charges communes mensuelles afférentes à l'immeuble vendu ?
- Quelle est la date à laquelle les dernières charges communes ont été payées et quelle est la période couverte par ce paiement ?
- Existe-t-il des arrérages impayés de charges mensuelles affectant les fractions qui font l'objet de la vente ?
- Ces arrérages, s'il en est, portent-ils intérêts et à quel taux ?

---

44 Serge ALLARD et Christine GAGNON, « Représenter l'acheteur d'une fraction de copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 180, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 33.

45 S. ALLARD, *loc. cit.*, note 27, par. 350.

- Existe-t-il des cotisations qui ont été votées et qui ne sont pas encore exigibles ou de telles cotisations sont-elles à prévoir ?
- Quel est le montant accumulé dans le fonds de prévoyance ?
- L'exercice en cours laisse-t-il prévoir un déficit d'opération pour l'année courante ?
- Un surplus pour la même période est-il à prévoir ?
- Avez-vous eu connaissance d'une procédure judiciaire, de médiation ou d'arbitrage actuellement pendante, ou sur le point d'être intentée, contre le syndicat, ou par lui, contre un tiers ou un copropriétaire ? Si oui, veuillez nous fournir quelques explications.
- Un jugement a-t-il été rendu contre le syndicat ? Si tel était le cas, vous voudriez bien nous indiquer le moment où la cause d'action a pris naissance, la somme d'argent due en vertu de ce jugement et si celle-ci a été payée ?
- Quelle est la nature de l'assurance contre les risques usuels contractée par le syndicat ?
- Les primes d'assurance font-elles l'objet d'une cotisation spéciale ?
- Existe-t-il des indemnités d'assurance payables à la partie qui fait l'objet de la vente ?
- Le fiduciaire d'assurances est-il nommé ? Si oui, veuillez nous fournir ses coordonnées.
- La copropriété a-t-elle été dûment immatriculée ? Si oui, veuillez nous indiquer sous quel nom ou nous fournir une copie de la déclaration d'immatriculation.
- Quels sont les espaces communs à usage exclusif dont bénéficie le vendeur (espaces de stationnement, casiers de rangement, etc.) ? S.V.P. nous indiquer les numéros de stationnement et de casier de rangement, le cas échéant.
- Le propriétaire de la fraction qui fait l'objet de la vente doit-il payer à la copropriété des frais additionnels pour une partie commune à usage restreint dont il est l'utilisateur ?
- Le vendeur a-t-il, à votre connaissance, effectué des travaux dans sa partie privative qui affectent les parties communes ?

- Le vendeur a-t-il, à votre connaissance, posé certains gestes en contravention de la déclaration de copropriété, lesquels gestes pourraient avoir des répercussions pour notre client acheteur ?
- Y a-t-il, à votre connaissance, un facteur se rapportant à l'immeuble susceptible, de façon significative, d'en diminuer la valeur ou d'en augmenter les dépenses ?
- Y a-t-il des règlements adoptés et consignés aux registres de la copropriété qui n'apparaissent pas à la déclaration de copropriété ?
- À quelle date a été tenue la dernière assemblée générale des copropriétaires ?
- Veuillez nous indiquer les décisions extraordinaires qui auraient été prises ou qui doivent être prises par l'assemblée de copropriétaires.
- Si votre copropriété est antérieure à 1994, y a-t-il, dans votre copropriété, des personnes qui ont, sur une fraction, des droits de jouissance périodiques et successifs (temps partagé) ?

Au fur et à mesure du vieillissement du parc, l'état des immeubles, leur vieillissement ou leur dépérissement, feront l'objet d'une attention particulière. L'acquéreur demandera à être informé sur l'état d'usure de l'immeuble et de ses composantes ainsi que sur les coûts prévisibles de leur réparation et de leur remplacement. Compte tenu que le fonds de prévoyance prévu par la Loi[46] est souvent négligé[47], l'acheteur s'en montrera, nous le verrons, prioritairement préoccupé.

La qualité de la gestion de la copropriété devrait également faire l'objet d'une analyse suffisante. L'acquéreur voudra savoir si la gestion est rigoureuse et si le registre de la copropriété est convenablement tenu. Il est maintenant connu que les copropriétés ne sont pas toutes administrées avec le même bonheur et qu'il n'est pas pris toujours soin adéquatement des bâtiments. Les médias ont rapporté récemment plusieurs cas où les coûts engendrés par la négligence des copropriétaires sont exorbitants.

Nous sommes donc d'opinion que dans un avenir rapproché toutes les reventes de fractions de copropriété devront être précédées d'une vérification diligente portant sur chacun de ses objets.

---

46 Art. 1072 C.c.Q.

47 M. TRUDEL et A.M. BENOÎT, *op. cit.*, note 15, nº 88.

Déjà, nous pouvons affirmer que d'acquérir une fraction de copropriété avant l'accomplissement de cette démarche représente, dès aujourd'hui, un risque important.

3. La tenue du registre

Les articles 342 et 1070 du *Code civil du Québec* prévoient que le syndicat de la copropriété constitue un registre qu'il tient à la disposition des copropriétaires.

Le registre contient : le nom et l'adresse de chaque copropriétaire et de chaque locataire ; les procès-verbaux des assemblées des copropriétaires ; les décisions du conseil d'administration ; les modifications au Règlement de l'immeuble ; les états financiers ; une copie de la déclaration de copropriété ; les copies des contrats auxquels le syndicat est partie ; une copie du plan cadastral et le certificat de localisation sur l'ensemble de la copropriété[48] ; les plans d'attribution des parties communes à usage restreint ; les plans et devis de l'immeuble bâti ; les renseignements utiles quant aux droits des créanciers hypothécaires et aux couvertures personnelles d'assurance responsabilité des copropriétaires ainsi que tous les documents relatifs à l'immeuble et au syndicat, tels les garanties, les contrats d'entretien.

Les gestionnaires de copropriété considèrent que le registre est essentiel[49] :

> « Il ne fait nul doute qu'un registre et la conservation de documents bien tenus constituent un gage d'appréciation important pour tout acquéreur éventuel d'une fraction de la copropriété. Le registre de la copropriété, c'est la mémoire du syndicat qui témoigne de la qualité de la gestion présente et passée. »

Les néophytes seront surpris d'apprendre que, malgré le caractère impératif de la Loi et l'opinion des gestionnaires, le registre de la copropriété n'est pas, dans la plupart des cas, constitué. Il ne fait pas de doute qu'un tel laxisme est hautement néfaste et que les prochaines années connaîtront la réhabilitation du registre comme instrument privilégié de protection des intérêts personnels des copropriétaires.

---

48 Voir : S. ALLARD, *loc. cit.*, note 30.

49 M. TRUDEL et A.M. BENOÎT, *op. cit.*, note 15, n° 72.

Les déclarations de copropriété comprennent généralement plusieurs dispositions visant à affirmer la pertinence et l'obligation de tenir le registre[50].

D. La spécialisation de l'offre de services

En raison de la complexité des projets intégrés et de la multitude des actes susceptibles d'être réalisés, du nombre élevé de partenaires contractuels et de la disparité des projets et des produits, le conseiller juridique expert sera appelé à offrir des services caractérisés par leur variété.

Afin d'illustrer l'étendue et l'intensité de la mission que risque de devoir accomplir le conseiller juridique compétent, nous soumettons l'hypothèse, fréquemment rencontrée en pratique, d'un projet intégré sur un site appartenant à un propriétaire foncier soucieux d'en organiser un développement harmonieux et de participer activement à sa constitution.

Dans cette hypothèse, c'est le développeur, propriétaire du site, qui demeurera chargé de la planification de la construction et de l'aménagement des infrastructures publiques ou privées et des demandes de permis d'aménagement et de construction auprès de la municipalité et des instances gouvernementales.

Nous constaterons que, dans cette situation, le propriétaire cède des phases de son développement à des promoteurs, souvent des entrepreneurs généraux, qui exécutent les constructions dans le respect du plan d'aménagement, pour les offrir en vente aux consommateurs.

Nous soumettons l'hypothèse où le projet intégré est défini et établi au moyen d'une déclaration de copropriété initiale horizontale, de telle sorte que chaque phase soit définie dès la planification de l'aménagement et que le partage des droits et obligations de chacune des copropriétés établies sur chacune des phases soit déterminé d'emblée.

1. L'offre au développeur

Le conseiller juridique doit assister le propriétaire foncier dans la planification, l'obtention des permis et la vente aux promoteurs. L'intervention de l'aviseur légal est, à cette étape, cruciale puisqu'il importe d'imposer

50 À ce sujet, voir le texte de Christine Gagnon dans cet ouvrage.

l'uniformité de certaines obligations et d'adapter les ententes en fonction du type des habitations.

Les services juridiques suivants sont susceptibles d'être rendus :

Protocoles entre le développeur et les promoteurs

- Préparation et rédaction du modèle type de la lettre d'entente, du contrat préliminaire (offre d'achat) et de l'acte de vente entre le développeur et les promoteurs ;
- Adaptation des conventions en fonction des particularités de chaque phase et des conditions particulières négociées avec chaque promoteur ;
- Participation active aux négociations ;
- Réception et signature de chaque contrat avec chaque promoteur ;
- Préparation, réception et publication de chaque vente.

Financements intérimaires

- Mise en place des garanties nécessaires au développement du projet pour le bénéfice du développeur ;
- Représentations auprès des prêteurs ;
- Réception et publication des garanties, rapports et mainlevées d'hypothèques.

Déclarations de copropriété horizontale et verticale, servitudes et notes d'information

- Analyse des particularités juridiques du projet ;
- Coordination des travaux relativement aux orientations juridiques du projet ;
- Communications avec les urbanistes, les architectes, les ingénieurs, les créanciers hypothécaires, les arpenteurs-géomètres, la municipalité et tout corps public ;
- Rédaction, réception et publication de tous les actes constitutifs de la copropriété initiale horizontale ;
- Rédaction du modèle type de déclaration de copropriété concomitante verticale ou horizontale imposée aux promoteurs ;

- Rédaction du modèle type de déclaration de copropriété verticale concomitante subséquente ;
- Rédaction du modèle type de déclaration de copropriété verticale concomitante transitoire[51] ;
- Préparation et rédaction du modèle type de contrat préliminaire (offre d'achat) entre les promoteurs et les acquéreurs ;
- Préparation et rédaction du modèle type de contrat de vente entre les promoteurs et les acquéreurs ;
- Rédaction d'un avis juridique et d'un manuel d'instructions pour l'information des promoteurs, des représentants des ventes, des institutions financières et des acquéreurs ;
- Préparation du modèle type de la note d'information, du modèle type du résumé des déclarations de copropriétés, du modèle type des extraits relatifs aux conditions d'utilisation des parties privatives et communes, supervision de la préparation des budgets.

Les services ainsi offerts au propriétaire foncier ont donc pour effet d'organiser tous les aspects de l'aménagement de l'immeuble et de l'encadrement juridique et contractuel requis par les circonstances. Ces interventions spécialisées ont pour but d'assurer la cohérence du développement, de protéger le propriétaire foncier contre des promoteurs inaptes et de garantir la conformité des prestations et des constructions. L'exécution de la mission conférée, telle que ci-dessus, au conseiller juridique confère au site une plus-value significative.

2. L'offre au promoteur

Le promoteur, auquel le *Code civil du Québec* fait d'ailleurs allusion[52], est celui qui acquiert l'immeuble dans le but d'y ériger des constructions offertes en vente à des consommateurs. Il arrive fréquemment que le promoteur soit également l'entrepreneur général.

---

51 Une déclaration de copropriété verticale concomitante transitoire sera nécessaire lorsqu'une phase comprendra un lot privatif transitoire.

52 Art. 1785 C.c.Q.

Le notaire expert offrira au promoteur des services dont l'objectif est d'organiser la copropriété au point où les ventes finales seront prêtes à être réalisées et à coordonner le processus afférent aux ventes des unités.

Les services juridiques suivants sont susceptibles d'être rendus :

Ventes entre le développeur et le promoteur

- Rédaction, réception et publication des ventes entre le développeur et le promoteur ;
- Mise en place des garanties relatives au financement intérimaire de la construction ;
- Définition des particularités de chaque déclaration de copropriété concomitante[53] ;
- Définition des particularités de chaque déclaration concomitante établie selon un régime mixte de copropriété par phases par amendement de chaque déclaration de copropriété[54] ;
- Définition des particularités de chaque déclaration concomitante subséquente[55] ;
- Rédaction, réception et publication des actes ;
- Visites de chaque chantier et de chaque immeuble et coordination avec les architectes, les ingénieurs, les arpenteurs-géomètres et tous les intervenants ;
- Préparation de la note d'information, du résumé de la déclaration de copropriété, des extraits relatifs aux conditions d'utilisation des parties privatives et communes, supervision de la préparation des budgets, pour chacune des phases et chacune des copropriétés en résultant.

---

53 Dans le cadre d'un projet intégré où le site, dans sa globalité, a fait l'objet d'une déclaration de copropriété horizontale.

54 Dans le cadre d'un projet intégré où une phase comprend un lot privatif transitoire.

55 Dans le cadre d'un projet intégré où une phase est divisée en cadastre horizontal et fait l'objet d'une déclaration de copropriété concomitante.

Contrats préliminaires (pour les ventes par un promoteur à un acheteur d'unité)

- Adaptation du contrat préliminaire en fonction des particularités de chaque phase ;
- Formation des représentants des ventes ;
- Passation des contrats préliminaires.

Gestion du prix de vente et mainlevées des hypothèques

- Gestion des acomptes déposés en fidéicommis auprès du conseiller juridique ;
- Gestion des déboursés ;
- Mainlevées des financements intérimaires, au fur et à mesure des ventes.

La construction est une aventure risquée. Les aléas sont aussi nombreux qu'inévitables et les projets de copropriété sont souvent appelés à subir de nombreuses et d'importantes transformations au gré de leur évolution.

Le conseiller juridique expert sera sensible à tous les écarts qui risquent de modifier, de manière significative, les droits et les obligations des acquéreurs. Dans la plupart des cas, la documentation juridique devra s'avérer suffisamment ferme et explicite pour conférer la sécurité suffisante aux acquéreurs et être suffisamment souple pour permettre au projet de s'adapter aux modifications qui ne manqueront pas de s'imposer à lui.

3. L'offre aux acquéreurs

À cette étape, la copropriété est constituée conformément aux orientations du projet et à la nature spécifique de l'immeuble. Les promettant-acquéreurs auront eu de multiples occasions pour exprimer leur déception ou leur satisfaction.

La pratique du droit de la copropriété au Québec est singulière en ce que la Loi impose que, avant la publication de la déclaration de copropriété, chacune des parties privatives ait été dûment cadastrée à partir de son mesurage exact, après construction du gros-œuvre et des divisions[56].

56 Art. 3030 et 3041 C.c.Q.

Un délai de 20 à 30 semaines peut être requis pour l'approbation du plan complémentaire par la municipalité et du plan de division cadastrale horizontale ou verticale par le Service de l'analyse et de l'officialisation de la Direction de l'enregistrement cadastral du ministère des Ressources naturelles et de la Faune.

Des retards fréquents à la passation des ventes sont donc observés... avec toutes les difficultés et les tensions que cela implique. Mais la construction est terminée et les droits de propriété pourront sous peu être aliénés. Le notaire sera mandaté pour exécuter, dans l'urgence et la nécessité, cette multitude de ventes, d'hypothèques et de mainlevées individuelles.

Les services juridiques suivants sont susceptibles d'être rendus :

Réception des signatures et publication des hypothèques des acquéreurs

Réception des signatures et publication de chaque vente entre le promoteur et les acquéreurs

Préparation et rédaction du modèle type de convention de pré-occupation

Coordination, avec l'arpenteur-géomètre, de la délivrance des certificats de localisation

Gestion des déboursés et paiement au promoteur

Constitution et immatriculation des syndicats

- Immatriculation au Registraire des entreprises ;
- Confection du registre des copropriétaires ;
- Confection du registre des créanciers ;
- Confection du registre des locataires ;
- Confection du registre des assureurs individuels.

Préparation et adoption des budgets et ouverture des comptes bancaires

Préparation et dépôt au registre de la documentation afférente

- Plans des parties communes à usage restreint ;
- Contrats d'entretien ;
- Contrat de gestion ;
- Contrats de services ;
- Garanties ;
- Manuels d'entretien ;
- Plans conformes au bâti ;
- Etc.

Passation et consignation des contrats auxquels chaque syndicat est partie

Rédaction et dépôt de chaque Règlement complémentaire de l'Immeuble

Séances d'information aux acquéreurs

Mise en place des outils de gestion

Supervision et assistance à l'administrateur provisoire

Adoption du budget

Convocation et tenue de la première assemblée

Reddition de compte de l'administrateur provisoire

Nomination du premier conseil d'administration

Formation des administrateurs

Le gigantisme de certains projets intégrés implique que toutes les étapes ci-dessus soient respectées et que tous ces services spécialisés soient rendus. Les projets de copropriété sont différents les uns des autres.

L'offre de service juridique sera spécialisée en ce qu'elle proposera que la prestation du conseiller juridique puisse être d'une intensité telle

que toutes les problématiques usuelles seront appréhendées et que toutes les solutions adéquates seront déployées ; l'offre sera également spécialisée puisqu'elle sera modulée en raison des particularités de chaque projet.

Le détail de la prestation devant être rendue par le notaire, tel qu'établi en 1995 dans le *Guide de pratique* de la Chambre des notaires, apparaît donc comme un cadre minimal considérablement éloigné de l'hyperspécialisation de l'offre visant la satisfaction de tous les besoins exprimés ci-dessus.

Le lecteur sera ainsi étonné de voir jusqu'à quel point la pratique du droit de la copropriété au Québec a évolué ces dix dernières années.

L'offre spécialisée définie ci-dessus n'est pas le fruit d'une imagination débordante. Elle traduit fidèlement, croyons-nous, la complexité de tels projets. Il est presque impossible de douter de la pertinence de chacune des étapes énumérées ci-haut[57].

II. Les nouvelles pratiques résultant des difficultés appréhendées

L'accroissement du nombre des copropriétaires et le vieillissement naturel des copropriétés ne manqueront pas de créer des problèmes nouveaux. Pressés par la clientèle et à l'affût de nouveaux marchés, les conseillers juridiques s'empresseront d'imaginer et de déployer des solutions nouvelles.

Nous nous sommes inspirés du modèle français[58] puisque le parc immobilier y est important[59] et que la loi française, proche de la nôtre, date de 1938[60].

---

57 Voir, par exemple, l'étude de Christine Gagnon, sur le démarrage des copropriétés, contenue au présent ouvrage.

58 Voir : Yann GIROUD, *La copropriété en difficulté*, mémoire, DESS de droit notarial, Lyon, Faculté de droit, Université Lyon III-Jean Moulin, 2004. L'auteur remercie M. Giroud pour sa collaboration.

59 En 1984, on estimait à quatre millions d'unités le parc immobilier assujetti à la copropriété en France. « Enquête Dagère », *Le Monde*, 14-17 mars 1994.

60 *Loi du 28 juin 1938 tendant à régler le statut de la copropriété des immeubles divisés par appartements*, J.O. 30 juin 1938 ; *Gaz. Pal.* 1938.2.151.

A. Les solutions aux problématiques liées aux difficultés financières des copropriétaires

La solvabilité des copropriétaires assure le bon fonctionnement de la copropriété. L'entretien, la réparation et le remplacement des composantes de l'immeuble exigent la participation financière des copropriétaires. S'acquitteront-ils toujours, avec bonheur et diligence, de ces obligations ?

1. L'accession à la copropriété et l'endettement des copropriétaires

Nous l'avons souligné, la copropriété s'adresse à une clientèle variée[61]. Plusieurs copropriétaires pourront connaître des situations financières précaires. Ce sera généralement le cas des premiers acheteurs et des retraités.

Depuis plusieurs années, les taux d'intérêts sont extrêmement bas. Plusieurs mesures d'accession à la propriété ont été mises en vigueur, parmi lesquelles on retrouve le RAP et les assurances permettant la réduction de la mise de fonds. Le programme *Accès condos* de la Société d'habitation de Montréal favorise l'acquisition des fractions de copropriété par des gens à faibles revenus. Ces programmes permettent aux consommateurs d'accéder à la propriété sans devoir économiser un montant suffisant pour verser une mise de fonds.

Or, ces acquéreurs risquent de ne pas être en mesure de faire face à leurs emprunts immobiliers et à leurs crédits à la consommation. Si les conditions venaient à varier considérablement, certains copropriétaires ne seraient plus en mesure de faire face à leurs charges ou à leur augmentation.

L'endettement des copropriétaires s'accroîtra en même temps que leur précarisation. Il s'en suivra un accroissement des départs volontaires, des ventes et des reprises hypothécaires.

Les copropriétaires en difficulté auront du mal à entretenir les parties privatives et communes et la copropriété se dégradera. Des difficultés importantes quant au recouvrement des charges ne manqueront pas de se poser ; affectant en cela la capacité financière des syndicats et leur capacité à recourir à des procédures judiciaires coûteuses de recouvrement.

---

61 *Supra*, section 1.1.2.

Des problématiques juridiques nouvelles en résulteront et la pratique du droit de la copropriété sera, dans une portion significative, consacrée à la liquidation et vouée à la protection des collectivités.

2. Le vieillissement du bâti et le financement des grands travaux

Le vieillissement du bâti est souvent négligé par les copropriétaires. De plus, l'insuffisance du fonds de prévoyance est fréquemment dénoncée[62]. L'absence de fonds affectée à la réparation des parties communes créera des situations de crise.

Pourtant, la loi actuelle donne des outils efficaces pour prévenir ces difficultés. Le syndicat a pour mission première d'assurer la conservation de l'immeuble et la sauvegarde juridique de la copropriété[63]. Le conseil d'administration est compétent pour fixer la contribution aux charges communes et déterminer les sommes requises pour faire face aux charges courantes de la copropriété, ainsi que le fonds de prévoyance[64]. Les administrateurs des copropriétés et les gestionnaires mandatés devront donc s'employer rigoureusement à déterminer le coût estimatif des réparations majeures et à faire appel à des experts pour établir le carnet de santé de l'immeuble.

Nous l'avons souligné, l'accroissement de l'intérêt pour la vérification diligente accroîtra le recours à cette instrumentation. Nous pouvons certainement anticiper que les exigences des assureurs seront accrues en raison de la nécessité, en droit de la copropriété, d'assurer le bâtiment à sa valeur à neuf[65].

Les acquéreurs, sensibilisés par leurs conseillers juridiques, à l'importance du fonds de prévoyance consulteront davantage les états finan-

---

62 M. TRUDEL et A.M. BENOÎT, *op. cit.*, note 15, nº 88.

63 Yves JOLI-CŒUR, « Les obligations du syndicat quant à la conservation de l'immeuble et les recours inhérents à de telles obligations », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 159, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 1.

64 Art. 1039 C.c.Q.

65 Art. 1073 C.c.Q. ; Pierre-G. CHAMPAGNE, « Les règles particulières des assurances en copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 159, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 81.

ciers avant d'acheter. Des projets de vente échoueront si les copropriétés sont administrées avec laxisme. Les syndicats disposant d'un fonds de prévoyance conforme aux exigences légales conserveront davantage la pleine valeur marchande de l'immeuble et de ses fractions. Ils seront favorisés sur le marché.

Nous pouvons anticiper, en conséquence, que la mission préventive du conseiller juridique sera valorisée et que les mesures de protection, que nous avons soulignées ci-haut, gagneront en intérêt. L'intervention ponctuelle et récurrente des conseillers juridiques sera perçue comme un signe de bonne gestion.

3. L'endettement des syndicats

Les difficultés de solvabilité des copropriétaires entraînent des difficultés financières pour la copropriété.

Pourtant, le *Code civil du Québec* offre au syndicat plusieurs moyens efficaces pour se protéger contre le défaut de paiement des copropriétaires : la suspension du droit de vote[66] ; l'hypothèque légale[67] ; le transfert de la responsabilité des charges de l'acquéreur au vendeur[68] ; le recours aux petites créances et l'insertion de clauses pénales dans la déclaration de copropriété sont des moyens efficaces. L'acquittement des charges est essentiel à la survie de la copropriété[69].

---

66 Art. 1094 C.c.Q.

67 Art. 2729 C.c.Q.

68 Art. 1069 C.c.Q.

69 Yves PAPINEAU, « Le paiement des charges communes en copropriété : début de l'obligation, sanctions et procédés de recouvrement », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1 ; Christine GAGNON et Yves JOLI-CŒUR, « La répartition des charges communes en copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 151 ; André ROUSSEAU, « Les charges financières en copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 159, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 183 ; S. ALLARD, *loc. cit.*, note 27, n[os] 266-277.

Dans un contexte de surendettement, le rôle du notaire ou de l'avocat, dans la mise en œuvre de ces moyens, sera accentué.

B. Les solutions aux problématiques afférentes au bâti

Les copropriétés vieillissent et dépérissent. Elles nécessitent de l'entretien, des réparations, le remplacement de ses parcelles et, au gré de l'évolution technique, la mise à niveau de certaines de ses composantes. Les bâtiments en copropriété devront, un jour ou l'autre, être transformés et améliorés.

1. Les malfaçons d'origine

Le mauvais état du bâti peut résulter de la médiocrité de la construction, de l'inachèvement du programme initial, de la faillite ou de l'incompétence du constructeur.

Il peut également s'agir de bâtiments historiques recyclés, soumis à une législation stricte en matière de rénovation. La restauration des anciennes églises en copropriété est un exercice périlleux et les charges qui résulteront de son entretien seront extraordinaires. Il devient donc nécessaire de protéger les nouveaux copropriétaires contre les aléas de la construction de la copropriété.

Les juristes seront donc consultés relativement à l'application des plans de garantie[70]. L'obligation d'assurer le bâtiment pour sa valeur à neuf[71] aura une incidence déterminante sur la nature de la couverture et le coût des primes d'assurances. Les assureurs, les copropriétaires et les syndicats devront donc consulter les avocats et les notaires pour apprécier tous les aspects de ces problématiques.

---

70 *Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs*, (1998) 130 G.O. II, 3484. Voir : Gilles DOYON et Serge CROCHETIÈRE, *Le Règlement sur le plan de garantie des bâtiments résidentiels neufs commenté*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999.

71 Art. 1073 C.c.Q.

2. La dégradation des parties privatives et communes

L'absence chronique de participation aux assemblées, l'amateurisme de la gestion, ainsi que les difficultés financières prévisibles des copropriétaires peuvent entraîner la dégradation et le vieillissement prématuré des parties communes et privatives.

Ces situations résultent souvent de la volonté de plusieurs copropriétaires de maintenir au minimum les charges communes et de quitter les lieux avant que les grosses réparations viennent à s'imposer.

Les administrateurs devront donc redoubler de vigilance et, avec l'aide des experts compétents, établir un fonds de prévoyance adéquat. Les administrateurs ont également pour mission d'assurer la sauvegarde juridique de l'immeuble ; ils devront donc s'employer à assurer le respect de la destination de l'immeuble et du règlement[72]. Plusieurs interventions légales et judiciaires sont à prévoir.

Le respect de l'intégrité des parties privatives et des parties communes devra être sanctionné. Les déclarations de copropriété pourront stipuler davantage de clauses pénales. La mise en œuvre des sanctions nécessitera un accroissement des interventions.

3. La difficulté de réaliser les travaux

Les copropriétaires et les copropriétés peuvent être dans l'impossibilité de réaliser des travaux en raison de l'incapacité de certains de contribuer aux charges en résultant ou du désinvestissement des copropriétaires.

Les travaux courants sont décidés par le conseil d'administration après consultation des copropriétaires[73]. La règle particulière relative à la réduction du quorum renforce l'efficacité de l'assemblée des copropriétaires[74]. Toutefois, les décisions prises aux majorités renforcées[75], voire à l'unanimité[76], ne peuvent résister au désintérêt des copropriétaires. Pour

---

72 Art. 1039 C.c.Q. ; Christine GAGNON, *La copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 339.

73 Les travaux extraordinaires sont décidés par l'assemblée des copropriétaires. Art. 1097 C.c.Q.

74 Art. 1089 C.c.Q.

75 Art. 1097 et 1098 C.c.Q.

remédier à tout blocage à cet égard, des prestations de services devront être proposées dans le but de sensibiliser les copropriétaires et de les inciter à participer activement à la vie collective.

Le rédacteur de la déclaration de copropriété aura un rôle de conseil primordial afin de prévoir des procédures d'assemblée adaptées aux particularités de chaque syndicat de copropriétaires.

Au gré de l'évolution des copropriétés, des parties communes, tels les stationnements des visiteurs, l'appartement du concierge ou le droit d'ériger de nouveaux bâtiments dans les parties communes, pourront être aliénées afin de générer des capitaux additionnels. Des actes de modifications aux déclarations de copropriété seront alors requis[77].

C. Les solutions aux nouvelles problématiques juridiques

Nous l'avons souligné, le droit de la copropriété est complexe et sa pratique diversifiée. Nous avons soumis l'hypothèse que certaines des prestations de services actuelles sont incomplètes ou inadéquates.

1. La mauvaise rédaction de la déclaration et des règlements

La déclaration de copropriété peut souffrir de maux qui nuisent au fonctionnement de la copropriété. Une mauvaise rédaction peut résulter d'une utilisation abusive, par les notaires, des formulaires types. Une organisation inadaptée peut donc résulter de la mauvaise rédaction de la déclaration de copropriété. Son dysfonctionnement peut entraîner des charges élevées ou imposer une répartition des charges incohérente, source de conflits entre les copropriétaires.

La détermination des parties communes, des parties privatives et des parties communes à usage restreint pourrait également ne pas correspondre à l'usage effectif et générer des conflits.

Afin de remédier aux erreurs les plus importantes, l'assemblée des copropriétaires pourra, à la majorité simple, corriger les erreurs matérielles

---

76 Art. 1102 C.c.Q.

77 Serge ALLARD, « Les modifications de la déclaration de copropriété », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 211.

dans la déclaration de copropriété[78]. Par contre, la modification de l'ACTE CONSTITUTIF ou de l'ÉTAT DESCRIPTIF nécessite la double majorité[79]. La modification à ces parties de la déclaration de copropriété nécessitera également l'intervention du notaire[80].

Des difficultés ont été dénoncées relativement aux écarts dans le mesurage qui risquent de survenir entre la contenance des parties privatives et communes. Ces difficultés surgissent lorsque, plusieurs années après la création de la copropriété, des certificats de localisation sont dressés sur les parties privatives[81]. Ces difficultés sont sérieuses et les solutions sont complexes. Des actes de modifications à la déclaration de copropriété, comprenant création de servitudes, sont à prévoir[82].

2. L'inadaptation des statuts au fonctionnement et aux usages

En raison de sa mauvaise rédaction ou de l'évolution naturelle de la collectivité, la déclaration de copropriété peut ne plus correspondre à son fonctionnement. C'est le cas des déclarations de copropriété rédigées avant l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*.

L'article 1039 *C.c.Q.* permet de refondre le règlement pour l'adapter ainsi que pour intégrer les nouvelles pratiques et supprimer les clauses désuètes ou obscures. Les syndicats devront procéder tôt ou tard à cette adaptation et l'intervention du notaire ou de l'avocat spécialisé en copropriété est inévitable[83].

3. L'amateurisme de la gestion et le défaut de participation des copropriétaires

Les administrateurs bénévoles n'ont souvent pas la compétence pour gérer les copropriétés. L'expérience a démontré que certains privilégient la réduction des charges au détriment même des parties communes et

---

78 Art. 1096 C.c.Q.

79 Art. 1097 C.c.Q.

80 Art. 1059 C.c.Q.

81 S. ALLARD, *loc. cit.*, note 30.

82 *Id.*

83 Voir : http://www.droitdelacopropriete.qc.ca/reecriture.htm.

négligent la gestion préventive. La mauvaise gestion est néfaste pour la copropriété.

Les administrateurs ont la responsabilité de s'informer et de se former à cette gestion spécialisée. Ils doivent se faire assister par des aviseurs légaux. Le conseil d'administration devra s'adjoindre les services de gestionnaires de copropriété professionnels.

Par l'information des copropriétaires et la prise de conscience de l'importance d'une bonne gestion, la gérance professionnelle d'un immeuble connaîtra un essor important. Elle s'avérera essentielle pour les grandes copropriétés. La crédibilité des gérants et gestionnaires professionnels dépend de la qualité de leur formation juridique et administrative. Les experts juridiques seront appelés à participer à leur éducation.

4. La complexité excessive de l'administration

La loi exige du syndicat l'obligation de maintenir les registres et d'y consigner les décisions du conseil d'administration et les modifications au RÈGLEMENT DE L'IMMEUBLE[84]. Ces obligations sont lourdes et le rédacteur de la déclaration de copropriété pourrait avoir omis de préciser les règles qui gouvernent la gestion quotidienne de la copropriété et de les adapter. Plus la taille de la copropriété est importante, plus l'administration est complexe.

Les copropriétés par phases imposent la création de plusieurs copropriétés distinctes établies en deux et même trois paliers de juridiction. Il en résulte une complexité extraordinaire.

La rédaction de la déclaration de copropriété sera de plus en plus raffinée puisque sa qualité est le gage d'une saine administration. Les règles qui y sont énoncées doivent être adaptées aux spécificités de chaque copropriété. C'est la mission première du rédacteur.

5. La difficulté de fusionner les copropriétés

La copropriété par phases peut être établie selon plusieurs modalités. Trois méthodes sont couramment employées : les copropriétés associées au moyen de servitudes et contrat d'association ; la copropriété modifiée

---

[84] Art. 342, 1060, 1070 C.c.Q.

par déclaration de copropriété additionnelle ainsi que les copropriétés établies selon la méthode des déclarations de copropriété concomitantes[85].

Chacune de ces méthodes représente des avantages et pose des difficultés qui lui sont propres.

C'est la méthode des déclarations de copropriété concomitantes qui s'est imposée comme la méthode la plus fréquemment utilisée.

Cette formule présente l'avantage de permettre l'unification du projet au moyen d'une déclaration de copropriété initiale, tout en constituant des phases autonomes devant faire l'objet de déclarations de copropriété concomitantes distinctes.

Le promoteur y trouve des avantages puisqu'il garde le contrôle des phases subséquentes du développement. Les consommateurs y adhèrent souvent parce qu'ils sont protégés par l'indépendance des phases antérieures.

Plusieurs projets d'envergure ont été développés ces dernières années en application des déclarations de copropriété concomitantes. Les promoteurs et les acquéreurs ont apprécié, pendant la construction, les protections mutuelles que cette formule est en mesure d'offrir.

Au terme de la construction de toutes les phases, les multiples déclarations de copropriété demeurent et les consommateurs qui doivent en assumer la gestion sont rapidement dépassés par l'ampleur des exigences liées à la pluralité des syndicats, des assemblées de copropriétaires et des conseils d'administration.

C'est pourquoi ces copropriétés bénéficieraient grandement de la possibilité de se fusionner sans grandes formalités.

La fusion des copropriétés ne peut, en droit québécois, être envisagée qu'en application des règles visant à mettre fin à la copropriété et dans le respect des impératifs gouvernant la création de copropriétés, de telle sorte que la fusion risque de nécessiter le consentement de tous les copropriétaires et de tous leurs créanciers hypothécaires, en plus d'imposer les lourdes formalités afférentes à la liquidation des copropriétés.

De plus, la fusion des personnes morales distinctes devra être pratiquée.

---

85 *Supra*, note 30.

Le législateur a manifesté, à l'article 1083 *C.c.Q.*, son intérêt pour les associations de syndicats. Cette disposition ne suffit pas à pallier aux considérables difficultés résultantes de la nécessité d'administrer des copropriétés à niveaux multiples.

Il est impératif que des solutions soient imaginées et appliquées.

CONCLUSION

Les copropriétés sont de plus en plus nombreuses ; elles regroupent de plus en plus d'individus et se présentent en des formes de plus en plus variées. Les difficultés et les conflits sont inévitables.

Nous croyons que la pratique du droit de la copropriété est un domaine spécialisé. Il apparaît, dès lors, difficile de pratiquer le droit de la copropriété en dilettante. La faiblesse des budgets alloués aux rédacteurs des copropriétés est le pire ennemi de ces pratiques. En effet, c'est un secret mal gardé que les notaires ont l'habitude, au Québec, d'offrir gracieusement leurs services professionnels afférents à la création des copropriétés en échange du volume d'affaires qui résulte de la passation de toutes les premières mutations. Ces services étant peu ou mal rémunérés, on ne s'étonnera pas que le professionnel soit réticent à y investir, en formation et en exécution.

Nous sommes d'avis que la création d'une copropriété exige généralement de soixante (60) à quatre-vingts (80) heures et que le projet intégré de copropriété par phases peut nécessiter plusieurs centaines d'heures de travail spécialisé, réparties sur plusieurs années.

La protection du public exige que ces prestations soient de qualité indéniable et justement rémunérées.

Par ailleurs, les copropriétaires ne sont pas des locataires et la qualité de leur milieu et de leur investissement dépendent de l'intensité de leurs engagements.

Nous espérons avoir démontré qu'en ces matières, les attentes sont grandes, les enjeux importants et que le droit de la copropriété offre, aux notaires et aux avocats, des potentialités de pratique considérables.

LES PRINCIPES DE DÉSIGNATION DES HÉRITIERS LÉGAUX UNITÉ – PROXIMITÉ – ÉGALITÉ

Jacques AUGER*

* Notaire et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

C'est avec plaisir et empressement que j'ai accepté de contribuer aux *Mélanges* en l'honneur de Roger Comtois. C'est pour moi une belle occasion de témoigner à cet homme tout le respect et l'admiration que je lui porte depuis toujours.

J'étais encore tout jeune professeur quand les circonstances m'ont, au début des années 70, propulsé sur le Comité des examens de la Chambre des notaires où siégeaient des juristes beaucoup plus expérimentés et dont le plus célèbre était Roger Comtois. L'admiration que j'avais pour cet homme que je ne connaissais que par ses écrits s'est alors accrue et doublée d'un profond respect. Le grand juriste est aussi un homme simple et chaleureux. Modéré en paroles et en gestes, il affiche un sourire qui trahit sa bonté et sa générosité. Au contact de cet homme, on s'enrichit. Je lui offre, avec mes plus cordiales salutations, ces quelques réflexions sur le droit des successions dont il demeure l'un des grands interprètes.

INTRODUCTION

Le droit successoral du Québec est dominé, il importe de le rappeler, par le principe de la liberté de tester énoncé en ces termes à l'article 703 C.c.Q. : « Toute personne ayant la capacité requise peut, par testament, régler autrement que ne le fait la loi la dévolution, à sa mort, de tout ou partie de ses biens. »

D'où le caractère supplétif de la succession légale qui n'a lieu, comme le précise le premier article du Livre des successions[1], que si le défunt n'a pas, par des dispositions testamentaires, *réglé autrement la dévolution de ses biens*. Ce caractère est à nouveau souligné par l'article introductif des règles de la dévolution qui débute ainsi : « À moins de dispositions testamentaires autres, la succession est dévolue [...] »[2].

C'est en tenant compte de cette primauté de la succession testamentaire sur la succession légale qu'il faut rechercher les principes sur lesquels le législateur s'est appuyé pour établir les règles de la dévolution successorale légale. Ils sont, à notre avis, au nombre de trois. Le premier est clairement énoncé ; il s'agit du principe de l'unité de la succession. Les deux autres s'induisent des règles de dévolution légale ; il s'agit du principe

---

1 Art. 613 C.c.Q.

2 Art. 653 C.c.Q.

de la proximité des héritiers et de celui de l'égalité des héritiers. Comme on le verra, ces principes s'interpénètrent et c'est de cet amalgame que naissent les règles de dévolution successorale légale.

I. Le principe de l'unité

Le principe de l'unité de la succession est posé à l'article 614 C.c.Q. : « La loi ne considère ni l'origine ni la nature des biens pour en régler la succession ; tous ensemble, ils ne forment qu'un seul patrimoine. »

On devine, à la lecture de cet article, que c'est parce que la dévolution des biens a été réglée jadis d'après la nature et l'origine des biens que le législateur sent le besoin aujourd'hui d'affirmer qu'elle ne l'est plus. Sinon, pourquoi faire une telle déclaration au début du Livre des successions ?

Cet article reprend en fait l'article 599 C.c.B.C. au sujet duquel on a dit, après la codification de 1866, qu'il était la disposition la plus importante du droit des successions sous le rapport des changements apportés au droit ancien[3]. En adoptant cet article, le législateur abolissait les nombreuses distinctions fondées sur la nature et l'origine[4] des biens que faisait l'ancien droit coutumier pour en régler la dévolution successorale. C'était à l'époque un changement majeur inspiré, dans ses grandes lignes, du système de dévolution successorale retenu par le Code Napoléon. Depuis, l'origine et la nature des biens n'entrent plus, en principe, en ligne de compte et le patrimoine successoral forme un tout qui est dévolu selon un même système de règles.

Le *Code civil du Québec* a non seulement réaffirmé le principe de l'unité de la succession, il a de plus éliminé la seule trace encore visible de l'empreinte du droit coutumier en ce domaine en ne reprenant pas l'article 630 C.c.B.C. Ce texte prévoyait un droit de retour en faveur des ascendants sur les biens donnés par eux à leurs enfants ou autres descendants morts sans époux successibles et sans postérité. Cette dévolution anormale, fon-

---

3 Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 3, Montréal, Théorêt, 1897, p. 255.

4 D'après leur nature, les biens pouvaient être nobles ou roturiers, meubles ou immeubles. D'après leur origine, les biens pouvaient être propres ou acquêts. Leur dévolution s'opérait sur la base de ces distinctions en faveur de tel ou tel héritier. *Id.*, p. 255 et suiv.

dée sur l'origine des biens, était communément appelée *succession anomale* par une curieuse survivance du vieux français[5].

La disparition de ce dernier vestige coutumier ne signifie cependant pas que le droit successoral actuel ne tient jamais compte de l'origine ou de la nature des biens. Des tempéraments et exceptions existent.

Ainsi, le droit international privé québécois prévoit que les successions portant sur des meubles sont régies par la loi du dernier domicile du défunt et celles portant sur des immeubles par la loi du lieu de leur situation[6]. En application de cette règle, l'unité du patrimoine successoral peut être brisée en fonction de la nature des biens qui le composent, entraînant une scission de la succession en une masse mobilière et une ou plusieurs masses immobilières, chacune d'elles pouvant être régie par une loi différente. Il peut en résulter de sérieuses difficultés lors de la liquidation d'une succession[7] et de plus en plus de voix[8] s'élèvent pour réclamer l'abolition de cette dérogation au principe de l'unité de la succession, comme le prône la *Convention de 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort* de La Haye. Lors de la réforme du Code civil, il a paru prématuré au législateur de suivre ces recommandations[9], bien qu'il ait fait un pas dans cette direction en permettant à un testateur de réaliser l'unité de sa succession par une désignation testamentaire à cet effet[10].

L'unité de la succession peut aussi être brisée par l'application des nouvelles règles sur les attributions préférentielles[11] introduites lors de la réforme du Code civil. Ce n'est pas la dévolution proprement dite qui est touchée par ces règles, mais le partage de la succession. Il n'en reste pas

---

5 Michel GRIMALDI, *Droit civil : droit des successions*, 4e éd., Paris, Litec, 1996, p. 96.

6 Art. 3098, al. 1 C.c.Q.

7 Voir Jeffrey A. TALPIS, « Cauchemars rencontrés dans la liquidation d'une succession internationale », (2005) *C.P. du N.* 373.

8 Gérald GOLDSTEIN et Éthel GROFFIER, *Droit international privé*, t. 2, « Règles spécifiques », coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 980 et suiv. ; Jeffrey A. TALPIS, « La planification successorale dans le nouveau droit international privé québécois », (1994-95) 97 *R. du N.* 267.

9 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, *Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1968.

10 Art. 3098, al. 2 C.c.Q.

11 Art. 855-860 C.c.Q.

moins que ces attributions sont essentiellement fondées sur la nature de certains biens et que c'est elle en bout de ligne qui sert à déterminer qui les recevra[12].

Le mécanisme de l'attribution préférentielle est simple et il consiste à soustraire un bien à la règle de l'égalité en nature du partage[13] pour l'attribuer par préférence à un des indivisaires. Les deux catégories de biens visés sont ceux qui assurent le logement de la famille et ceux qui lui fournissent ses moyens de subsistance. Les motifs de cette préférence sont donc d'ordre familial et économique et l'attribution peut être de droit ou facultative. Ainsi, l'attribution de la résidence familiale et des meubles qui servent à l'usage du ménage repose sans contredit sur des motifs d'ordre familial. Elle est de droit si c'est le conjoint survivant qui la demande ou facultative s'il s'agit d'un autre héritier[14]. Quant à l'attribution de l'entreprise du défunt, ce sont davantage des raisons d'ordre économique qui la sous-tendent et elle est toujours facultative en ce sens que les héritiers peuvent la demander sans jamais pouvoir l'exiger[15].

Ces règles ne sont cependant pas d'ordre public et le testateur peut les écarter soit en soustrayant de la masse partageable les biens qui en sont l'objet par le biais, par exemple, d'un legs particulier, soit en prévoyant d'autres modalités de partage. Liberté de tester oblige.

On est encore loin du droit coutumier qui organisait toute la dévolution légale sur la base de distinctions fondées sur l'origine et la nature des biens, mais on doit constater que ces paramètres revivent dans le droit successoral moderne après avoir été presque totalement ignorés par le *Code civil du Bas Canada* qui appliquait le principe de l'unité de la succession non seulement à la dévolution, mais aussi au partage.

Il faut ajouter à ce tableau des dérogations au principe de l'unité de la succession les dispositions législatives de lois particulières qui, en matière de régimes de retraite et de rentes, créent en quelque sorte un système autonome et distinct de dévolution. L'exemple typique est celui de la *Loi sur*

---

12 C'est encore la nature des biens qui est prise en compte à l'article 643 C.c.Q. qui concerne certains biens de famille, tels les vêtements, papiers personnels, décorations et diplômes du défunt, ainsi que des souvenirs de famille.

13 Art. 855 C.c.Q. Voir Germain BRIÈRE, *Le nouveau droit des successions*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 452 et suiv.

14 Art. 856 et 857 C.c.Q.

15 Art. 858 et 859 C.c.Q.

les régimes complémentaires de retraite qui prévoit qu'en cas de décès d'un participant à un régime de retraite, les sommes auxquelles il a droit, sous forme de remboursement ou de rente, sont obligatoirement versées à son conjoint et, à défaut seulement, à ses ayants cause[16]. Ces sommes qui représentent souvent la partie la plus considérable de la fortune d'un défunt forment en quelque sorte une quotité indisponible semblable à une réserve héréditaire. On pourrait arguer qu'il ne s'agit pas véritablement d'une exception au principe de l'unité de la succession parce que ces sommes ne proviennent pas directement du patrimoine du défunt, mais d'une caisse de retraite. C'est oublier que ces sommes sont le fruit des cotisations et du travail du défunt et que le droit de les recevoir faisait partie de son patrimoine avant son décès. C'est par la volonté du législateur qu'elles échappent aux règles de la dévolution légale et au principe de la liberté de tester.

Comme on le constate, la destination des biens n'est plus indifférente au législateur et il n'hésite pas à faire échec au principe de l'unité de la succession lorsqu'il juge, pour des raisons d'ordre familial ou économique, que certains biens doivent être attribués à telle ou telle personne. C'est surtout la nature de ces biens plutôt que leur origine qui est généralement l'élément déclencheur de ces traitements de faveur, mais, chaque fois, c'est le principe de l'unité de la succession qui perd de sa suprématie.

II. LE PRINCIPE DE LA PROXIMITÉ

Les règles de dévolution légale sont fondées sur les *affections présumées* du défunt. Elles constituent en quelque sorte le *testament présumé* du défunt, ainsi que l'affirme le ministre de la Justice du Québec dans ses commentaires sur le nouveau Code civil[17].

Il n'est pas douteux que ces règles traduisent les sentiments d'affection du défunt à l'égard de certaines personnes, mais ce n'est pas là leur seul fondement. Le législateur a certainement pris en compte pour les établir ce que l'on a appelé *le devoir de famille*[18], sorte d'obligation morale

---

16 L.R.Q., c. R-15.1, art. 85-88. Voir aussi : *Loi sur le régime des rentes du Québec*, L.R.Q., c. R-9, art. 91 et 105.

17 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, *Le Code civil du Québec*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 390.

18 François TERRÉ et Yves LEQUETTE, *Les successions Les libéralités*, 3e éd., Paris, Dalloz, 1997, p. 61.

qui incite à favoriser certaines personnes et à perpétuer au-delà de la mort la responsabilité alimentaire à leur égard. Si les règles de dévolution légale font office de *testament présumé*, il faut donc aussi ajouter le *devoir de famille* aux *affections présumées* pour en mieux expliquer le fondement. Cela conduit tout droit vers des règles de dévolution qui reposent sur le principe de la proximité des héritiers que l'on pourrait traduire laconiquement en ces mots : *C'est le plus proche qui hérite.* Chose certaine, cela entraîne dans la recherche des héritiers l'établissement d'une hiérarchie au sein de la famille du défunt.

A. La famille

Le mot *famille*, entendu dans son sens large, est un concept englobant. Il recouvre des groupes de personnes unies par des liens de parenté, de conjugalité et même des liens d'alliance. Le droit successoral ne reconnaît cependant pas tous ces liens et le principe de la proximité va servir à opérer une double discrimination, d'abord entre ces divers groupes et, ensuite, au sein du groupe favorisé. La première conséquence, c'est la reconnaissance de la vocation successorale légale qu'à certains parents et qu'à certains conjoints.

1. La parenté

La loi reconnaît une vocation successorale *aux parents du défunt*[19], c'est-à-dire à ceux qui ont avec lui des liens fondés sur le *sang* ou *l'adoption*[20]. Cette règle établit clairement la double origine des liens de parenté.

À l'égard des parents par le sang, le droit québécois a longtemps opéré une discrimination entre la *famille légitime* et la *famille naturelle*. Cela se traduisait principalement par l'exclusion des parents naturels du cercle des héritiers légaux. C'est la réforme du droit de la famille, en 1981, qui mit un terme à cette discrimination en accordant à tous les enfants dont la filiation est établie les mêmes droits, quelles que soient les circonstances de leur naissance[21]. En matière de dévolution légale, cela signifie que les *enfants naturels* se voient reconnaître la même vocation que les *enfants*

---

19 Art. 653 C.c.Q.

20 Art. 655 C.c.Q.

21 Art. 522 C.c.Q.

légitimes et que la *parenté naturelle* et la *parenté légitime* ne forment plus qu'un même groupe de personnes réunies par les liens du sang. Cette vocation successorale s'arrête au huitième degré[22], seuil au-delà duquel le principe de proximité perd tout son sens en ce que la parenté cesse en pratique d'être connaissable[23].

Les liens de parenté résultent aussi de l'adoption qui confère à l'adopté une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine[24] et qui lui attribue les mêmes droits que la filiation par le sang[25]. Au sein de sa famille adoptive, l'adopté est un membre à part entière. La vocation successorale entre lui et ses parents d'adoption est réciproque, en ce sens qu'il hérite de ses parents d'adoption et que ceux-ci héritent de lui.

La vocation successorale reposant sur la *parenté*, il en résulte que l'*alliance* ne confère aucun droit de succession. On n'hérite pas des parents de son conjoint[26], ni du conjoint de ses parents[27]. Le principe de proximité s'oppose à ce que des alliés accèdent au cercle des successibles, sauf en ce qui concerne le conjoint lui-même.

2. La conjugalité

La loi accorde une vocation successorale au *conjoint survivant*, tout en précisant qu'il s'agit uniquement de celui qui était lié au défunt par *mariage* ou *union civile*[28], ce qui exclut le *conjoint de fait*.

La présence du conjoint survivant au côté des parents remonte à 1915. Jusqu'alors, il ne succédait qu'à défaut de parents au degré successible. De

---

22 Art. 683 C.c.Q.

23 L'article 635 C.c.B.C. fixait le seuil de successibilité au douzième degré, ce qui est fort éloigné. Pour un tableau de la parenté jusqu'au douzième degré, voir : Henri TURGEON, *La succession légitime de la province de Québec*, Montréal, Imprimerie St-Joseph, 1959, p. 10.

24 Art. 577 C.c.Q.

25 Art. 578 C.c.Q.

26 Les beaux-parents, beaux-frères et belles-sœurs, etc.

27 Gendre, bru, beau-père, belle-mère, etc.

28 Art. 653 C.c.Q. Il faut préciser que la perte de la qualité de conjoint entraîne la perte de la vocation successorale, sauf en cas de nullité du mariage ou de l'union civile prononcée après le décès (art. 624 C.c.Q.).

plus, jusqu'en 1989, sa vocation successorale était subordonnée à la renonciation à ses droits matrimoniaux. Il ne pouvait cumuler les avantages que lui procurait son régime matrimonial et ses droits dans la succession, comme il le peut depuis[29].

Cette faveur grandissante à l'égard du conjoint survivant est tout à fait en harmonie avec le principe de la proximité des héritiers et on peut même se demander si elle ne devrait pas être étendue au conjoint de fait. Le *concubinage* est la source de plusieurs droits dont certains ont de grandes affinités avec la vocation successorale, comme le droit de recevoir une rente de conjoint survivant[30]. N'est-il pas paradoxal de voir les concubins assimilés de plus en plus aux conjoints mariés ou unis civilement et en même temps exclus du cercle des héritiers légaux ? La recommandation de l'Office de révision du Code civil de leur reconnaître une vocation successorale méritait un meilleur sort que celui que le législateur lui a réservé en 1994[31]. C'est une histoire dont le dernier mot n'a pas encore été dit.

Comme on le constate, le principe de la proximité des héritiers fait des élus et des exclus. Même dans le cercle des élus, les héritiers ne sont pas tous sur un pied d'égalité et certains vont avoir la préséance. C'est le second niveau de discrimination qui entraîne le classement de la famille.

---

29 Art. 654 C.c.Q. et 624c, C.c.B.C.

30 À titre d'exemple, l'article 85 de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraite* (précitée, note 16) définit le conjoint ainsi : « Le conjoint est la personne qui est liée par un mariage ou une union civile au participant ou qui vit maritalement avec un participant non marié ou uni civilement, qu'elle soit de sexe différent ou de même sexe, depuis au moins trois ans ou, dans les cas suivants, depuis au moins un an : un enfant au moins est né ou à naître de leur union ; ils ont conjointement adopté au moins un enfant durant leur période de vie maritale ; l'un d'eux a adopté au moins un enfant de l'autre durant leur vie maritale. » La *Loi sur le régime de rentes du Québec* (précitée, note 16) à son article 91 donne une définition semblable de l'expression « conjoint survivant ».

31 L'article 42 du Livre des successions reconnaissait une vocation successorale aux conjoints de fait : « Les époux de fait succèdent l'un à l'autre de la même manière que les époux par mariage, même en présence de descendants du défunt, mais sans part réservataire. Toutefois, les époux de fait ne se succèdent pas lorsque l'un d'eux à un conjoint successible. » OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *Rapport sur le Code civil du Québec*, vol. I, « Projet de Code civil », Québec, Éditeur Officiel, 1977, p. 135.

B. Le classement de la famille

La dévolution légale étant fondée sur les affections présumées du défunt et sur son devoir de famille, il est normal qu'il existe une hiérarchie dans le groupe des héritiers formé des parents et du conjoint survivant. Ce classement, le législateur l'établit en ayant recours à deux techniques : celle des *ordres* et celle des *degrés*.

1. L'ordre

Dans l'ordre naturel des choses, la famille se compose de trois catégories de parents : les descendants, les ascendants et les collatéraux. À ceux-ci se greffe un allié, le conjoint. C'est à partir de cette réalité qu'un premier classement s'opère. Il repose sur trois prémisses.

Dans un premier temps, le législateur donne préséance aux descendants sur les ascendants. Dans un deuxième temps, il accorde préséance à certains ascendants et collatéraux en leur permettant de primer d'autres ascendants et collatéraux. Les premiers acquièrent de ce fait le statut d'*ascendants et collatéraux privilégiés*[32], alors que les seconds deviennent par voie de conséquence des *ascendants et collatéraux ordinaires*[33]. Dans un troisième temps, il place le conjoint en double situation de concours, l'une avec les descendants et l'autre avec les ascendants et collatéraux privilégiés, ne lui accordant la préséance qu'à l'égard des ascendants et collatéraux ordinaires.

Cela aboutit à la répartition des héritiers en trois groupes, chacun formant un *ordre* et chaque ordre étant préféré à celui qui le suit. Le premier ordre comprend les descendants et le conjoint survivant. Le deuxième ordre comprend le conjoint survivant, les ascendants privilégiés et les collatéraux privilégiés. Le troisième ordre comprend les ascendants et les collatéraux ordinaires.

Trois précisions doivent cependant être apportées. Au sein du premier ordre, la présence des descendants est nécessaire, mais suffisante, pour que cet ordre soit représenté. Faute de descendants et malgré la présence du

[32] Les ascendants privilégiés sont les père et mère du défunt. Les collatéraux privilégiés sont les frères et sœurs, neveux et nièces du défunt (art. 670 C.c.Q.).

[33] Tous les parents en ligne ascendante et collatérale du défunt à l'exception de ses père et mère, frères et sœurs, neveux et nièces.

conjoint, le premier ordre n'existe pas[34]. Au sein du second ordre, les collatéraux privilégiés forment en quelque sorte un sous-ordre en ce que la présence simultanée du conjoint et des ascendants privilégiés les élimine[35]. Ce n'est qu'en l'absence de ces deux dernières catégories d'héritiers[36] ou de l'une d'elles[37] que les collatéraux privilégiés participent au second ordre. Au sein du troisième ordre, on ne peut plus vraiment parler de préséance d'un groupe sur l'autre puisque tous les groupes d'héritiers qui le composent peuvent être en concours les uns avec les autres. Ainsi, la présence de descendants de collatéraux privilégiés[38] entraîne une situation de concours avec les ascendants ordinaires et les autres collatéraux ordinaires[39]. De plus, faute d'ascendants ordinaires dans une ligne (paternelle ou maternelle), les collatéraux ordinaires de cette ligne concourent avec les ascendants ordinaires de l'autre ligne et inversement[40].

Pour sa perfection, le principe de la proximité exige cependant plus que le classement des héritiers en ordres. Il requiert aussi, à l'intérieur de chaque ordre, le classement des héritiers selon leur degré de parenté avec le défunt.

2. Le degré

Entre les héritiers d'un même groupe au sein d'un même *ordre*, un second classement s'opère à partir du *degré* de parenté avec le défunt. L'héritier d'un degré plus proche est préféré à l'héritier d'un degré plus éloigné[41]. Seul, évidemment, le conjoint échappe à l'application de cette seconde technique.

---

34 La succession dévolue aux héritiers du premier ordre se divise 2/3 aux descendants et 1/3 au conjoint (art. 666 C.c.Q.). Faute de conjoint, les descendants recueillent la totalité.

35 En ce cas, le conjoint recueille 2/3 et les ascendants privilégiés 1/3 (art. 672 C.c.Q.).

36 En ce cas, les collatéraux privilégiés succèdent pour la totalité (art. 674 C.c.Q.).

37 En ce cas, la succession se divise 2/3 au conjoint et 1/3 aux collatéraux privilégiés (art. 673 C.c.Q.) ou 1/2 aux ascendants privilégiés et 1/2 aux collatéraux privilégiés (art. 674 C.c.Q.), selon les circonstances.

38 Petits-neveux, petites-nièces, arrière-petits-neveux, arrière-petites-nièces, etc.

39 Art 678 C.c.Q.

40 C'est la *fente* dont il sera question dans la troisième partie de ce texte (art. 679 C.c.Q.).

41 Cette règle est implicite à l'article 668 C.c.Q. pour les descendants. Pour les ascendants ordinaires, elle s'infère des dispositions de l'article 680 C.c.Q. Pour les collatéraux

Le degré de parenté est déterminé par le nombre de générations, chacune formant un degré. C'est la suite des degrés qui forme ce que l'on appelle la ligne directe ou la ligne collatérale. La loi décrit avec précision chacune de ces lignes et la façon de compter les degrés[42].

La règle du classement selon le degré a un double caractère subsidiaire : elle ne s'applique qu'entre des héritiers du même ordre et, à l'intérieur d'un ordre, qu'entre héritiers du même groupe. Ainsi, un père qui est au premier degré n'est pas préféré à un petit-fils qui lui est au deuxième parce le père appartient au second ordre et le petit-fils au premier. L'ordre prime le degré. Par contre, un fils qui est au premier degré est préféré à un petit-fils qui est au second parce qu'ils sont tous deux des descendants appartenant au premier ordre et que le premier est plus près du défunt. Il en va de même entre un frère et un neveu, le premier l'emporte sur le second parce qu'ils sont tous deux des collatéraux privilégiés appartenant au deuxième ordre et que le frère est au deuxième degré et le neveu au troisième. Par ailleurs, un père, qui est au premier degré, peut succéder en même temps qu'un frère, qui lui est au deuxième. Ces deux héritiers appartiennent au même ordre, mais pas au même groupe d'héritiers. L'un est un ascendant privilégié et l'autre un collatéral privilégié[43]. La priorité selon le degré ne vaut donc qu'à l'intérieur d'un même groupe d'héritiers au sein d'un même ordre[44].

---

ordinaires, elle est énoncée expressément aux articles 680 et 681 C.c.Q. Entre les collatéraux privilégiés, elle est implicite à l'article 676 C.c.Q.

42 Art. 657-659 C.c.Q.

43 La même situation peut se produire au sein du troisième ordre. Puisque les collatéraux ordinaires qui descendent d'un ascendant au deuxième degré ont préséance sur les ascendants au troisième degré, il peut arriver que des collatéraux qui se situent au-delà du troisième degré succèdent (cousins et petits-cousins) alors qu'un ascendant au troisième degré (arrière-grand-père, arrière-grand-mère) vit.

44 Sous réserve des règles de la représentation et de la fente examinées ci-après, la seule exception à cette règle est due au traitement accordé, au sein du troisième ordre, aux collatéraux ordinaires qui descendent des collatéraux privilégiés. Ils recueillent toujours la moitié de la succession même s'il y a d'autres collatéraux ordinaires à un degré plus près du défunt (art. 678 C.c.Q.). Par exemple, un petit-neveu (4e degré) peut succéder même en présence d'un oncle (3e degré). Il s'agit en fait d'un sous-groupe au sein du groupe des collatéraux ordinaires.

Le principe de la proximité des héritiers se traduit donc concrètement dans les cinq constats suivants :

- les descendants ont préséance sur tous les autres parents et ils ne concourent qu'avec le conjoint ;
- les ascendants privilégiés ne concourent qu'avec le conjoint ou, en son absence, avec les collatéraux privilégiés. Ils ont préséance sur les ascendants ordinaires et les collatéraux ordinaires ;
- les collatéraux privilégiés ne concourent avec le conjoint qu'en l'absence d'ascendants privilégiés et ils ne concourent avec les ascendants privilégiés qu'à défaut de conjoint. Ils ont préséance sur les ascendants ordinaires et les collatéraux ordinaires ;
- le conjoint concoure avec les descendants ou, en leur absence, avec les ascendants privilégiés ou, en leur absence, avec les collatéraux privilégiés. Il a préséance sur les ascendants ordinaires et les collatéraux ordinaires ;
- au sein d'un même groupe d'héritiers du même ordre, c'est l'héritier le plus proche qui est préféré.

Sous réserve du statut particulier du conjoint survivant qui concoure avec les héritiers de deux ordres, il n'existe aucune exception au classement selon l'ordre. L'héritier d'un ordre antérieur exclut toujours celui d'un ordre subséquent. Il n'en va pas de même en ce qui concerne le classement selon le degré. Une application rigoureuse de la règle du degré de parenté aboutirait, dans certaines circonstances, à ce que l'on pourrait considérer comme des injustices. En conséquence, le classement selon le degré va parfois être corrigé. C'est le principe de l'égalité qui en est la cause.

III. Le principe de l'égalité

Le principe de l'égalité est omniprésent dans le droit successoral actuel. Il s'y manifeste de différentes façons et d'abord pour contrer la discrimination fondée sur l'état des personnes. C'est lui qui, par exemple, est à l'origine de la disparition complète de toute trace des règles coutumières qui favorisaient certains héritiers en raison de leur âge (droit d'aînesse) ou de leur sexe (privilège de masculinité). C'est aussi lui qui empêche toute discrimination fondée sur la qualité de la famille, légitime ou naturelle, et qui oblige à reconnaître la vocation successorale à tous les parents d'un défunt quelles que soient les circonstances de leur naissance. C'est encore

lui qui place côte à côte les parents par le sang et les parents par adoption. Ce principe déborde toutefois l'état des personnes et il affecte aussi la dévolution de la succession qui s'opère sur la base de la règle de l'égalité des individus, corrigée par celle de l'égalité des souches et par celle de l'égalité des familles.

A. L'égalité des individus

En matière de dévolution, le droit des successions applique la règle de l'*égalité des individus* qui consiste, en présence d'héritiers d'un même groupe[45] appartenant à un même ordre et se situant au même degré, à attribuer à chacun une part égale du patrimoine successoral. L'article 668 C.c.Q. est une illustration très explicite de cette règle : « Si les descendants qui succèdent sont tous au même degré et appelés de leur chef, ils partagent par égales portions et par tête. » On la retrouve aussi exprimée à l'article 675 C.c.Q. concernant les ascendants privilégiés, à l'article 676 C.c.Q. pour les collatéraux privilégiés et à l'article 679 C.c.Q. pour les héritiers du troisième ordre.

Le droit successoral pousse le principe de l'égalité des individus au-delà de la dévolution proprement dite et jusqu'au niveau du partage et de ses modalités. En effet, chaque héritier à droit au partage en nature[46], ce qui signifie le droit de recevoir un lot composé de biens d'égale qualité et quantité[47] par rapport à ceux attribués à ses cohéritiers. C'est ce que l'on appelle la règle de l'égalité en nature du partage. Comme on l'a vu ci-dessus, cette égalité en nature peut cependant être rompue par les règles sur les attributions préférentielles.

La règle de l'égalité des individus ne pose aucun problème lorsque tous les héritiers sont *au même degré et appelés de leur chef*. Mais ce n'est pas toujours le cas, et pour éviter qu'elle ne produise parfois des conséquences contraires aux idées directrices qui fondent la dévolution successorale, le droit doit la corriger. Pour ce faire, il faut qu'il pousse l'égalité au-delà des individus pour la placer au niveau des souches.

---

45 Les descendants, les ascendants, les collatéraux.

46 Art. 855 C.c.Q.

47 Art. 852 C.c.Q.

B. L'égalité des souches : la représentation

Dans l'ordre naturel des choses, on s'attend à ce qu'un ascendant décède avant un descendant. Il n'en va cependant pas toujours ainsi et lorsque les aléas de la vie inversent cet ordre, les règles générales de dévolution peuvent engendrer des injustices. Ainsi, lorsqu'un défunt laisse un fils et les enfants d'un autre fils mort avant lui, le classement selon le degré, s'il devait s'appliquer, aurait pour effet d'écarter les enfants de ce dernier au seul profit du fils survivant. En effet, celui-ci étant au premier degré par rapport au défunt, il exclut les petits-enfants qui eux se trouvent au deuxième degré. Il serait bien difficile de prétendre que pareil résultat traduit les affections présumées du défunt et son devoir envers sa famille. Le législateur devait donc trouver un moyen de faire échec, dans certaines circonstances, à la règle qui veut qu'un héritier plus proche soit préféré à un héritier plus éloigné. C'est ce qui l'a amené à introduire la *représentation* dans la dévolution successorale qui place le principe d'égalité non plus au niveau des individus, mais à celui des souches que ceux-ci forment.

L'article 660 C.c.Q. la définit ainsi :

> La représentation est une faveur accordée par la loi, en vertu de laquelle un parent est appelé à recueillir une succession qu'aurait recueilli son ascendant, parent moins éloigné du défunt, qui, étant indigne, prédécédé ou décédé au même instant que lui, ne peut la recueillir lui-même.

Présentée jadis comme une *fiction*[48], elle est devenue une *faveur.* Le mot *fiction* a été beaucoup critiqué. On lui a surtout reproché, à juste titre, d'être inutile en ce que le législateur n'a pas besoin de recourir à des fictions pour faire exception à une règle générale[49]. Ne pourrait-on pas adresser le même reproche au mot *faveur* ? De plus, ce terme enlève à cette institution une partie de sa légitimité. Celui qui succède par représentation n'est pas favorisé. C'est un droit qui lui est reconnu et celui-ci est en parfaite harmonie avec le *devoir de famille* et les *affections présumées.* Si certains parents en bénéficient et d'autres pas, ce n'est pas par faveur ou défaveur, mais parce que les motifs qui justifient la représentation sont

---

48 L'article 619 C.c.B.C. définissait la représentation ainsi : « La représentation est une <u>fiction</u> de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté. » (nous soulignons)

49 Albert MAYRAND, *Les successions ab intestat*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1971, p. 90.

présents ou absents. Bref, il aurait été préférable de dire tout simplement qu'il s'agit d'un droit. Outre ce défaut mineur, l'article 660 C.c.Q. établit avec précision les conditions requises pour que la représentation ait lieu. Elles concernent le représentant et le représenté.

Le représenté doit être une personne qui normalement aurait recueilli la succession, ou une part de celle-ci, n'eût été du fait qu'il est décédé avant ou en même temps que le *de cujus*, ou qu'il est indigne de lui succéder. Quant au représentant, il doit être un descendant du représenté et posséder les qualités requises pour succéder au *de cujus* parce que c'est lui qui succède et non le représenté. Le représentant doit donc exister au moment de l'ouverture de la succession du *de cujus* et ne pas être indigne de lui succéder[50]. Comme on le constate, la loi prépare le terrain pour permettre à un parent plus éloigné de succéder à la place d'un parent plus près du *de cujus* qui en est empêché. La difficulté consiste à déterminer qui sont les héritiers qui pourront se prévaloir de la représentation et dans quelles circonstances. C'est là qu'interviennent à nouveau les *affections présumées* et le *devoir de famille*.

La représentation n'est admise[51] qu'en ligne directe descendante[52] ainsi que chez les collatéraux privilégiés et leurs descendants[53]. Elle ne l'est jamais en ligne directe ascendante[54], ni chez les collatéraux ordinaires qui ne descendent pas des collatéraux privilégiés[55]. C'est en examinant les effets de la représentation que la pertinence de ce choix apparaît.

On distingue deux effets que l'on a qualifiés avec justesse de *représentation aux fins de succession* et de *représentation aux fins de partage*[56]. Dans le premier cas, la représentation permet au représentant de gagner un ou des degrés et de venir à la succession alors qu'il en serait normalement

---

50 Art. 617, 620 et 621 C.c.Q. Pour une étude plus complète des conditions d'application de la représentation dans les successions légales, voir G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 13, p. 129 et suiv.

51 Pour une étude plus complète du domaine de la représentation dans les successions légales, voir G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 13, p. 125 et suiv.

52 Art. 661 C.c.Q.

53 Art. 663 C.c.Q.

54 Art. 662 C.c.Q.

55 C'est-à-dire tous les parents en ligne collatérale autres que les petits-neveux et les petites-nièces et leurs descendants. Donc, oncles, tantes, cousins, cousines, etc.

56 A. MAYRAND, *op. cit.*, note 49, p. 107.

exclu par la règle du classement selon le degré. Dans le second cas, la représentation permet au représentant de recueillir une part supérieure à celle qu'il recevrait s'il venait à la succession de son propre chef. Deux exemples vont permettre d'illustrer ces effets distincts de la représentation.

Un défunt a eu deux enfants, un qui lui survit et un autre qui est décédé avant lui, laissant deux enfants. Par l'effet de la représentation, la succession va se diviser en deux parts égales, l'une attribuée à l'enfant survivant et l'autre aux enfants de celui qui est prédécédé. C'est la représentation *aux fins de succession*. Elle permet aux petits-enfants de succéder, alors qu'ils seraient normalement écartés par l'enfant survivant, parent d'un degré plus rapproché par rapport au défunt. La représentation vient faire échec à cette règle en obligeant à tenir compte des souches[57]. Ainsi, les petits-enfants représentent l'enfant prédécédé à l'intérieur de la souche formée par ce dernier. Ils exercent les droits du fondateur de cette souche et ils viennent en concurrence avec l'enfant survivant, le fondateur de l'autre souche.

Un défunt a eu deux enfants, tous deux décédés avant lui. Le premier laisse un enfant et le second en laisse deux. Par l'effet de la représentation, la succession va se diviser en deux parts égales, l'une attribuée à l'unique descendant du premier enfant et l'autre à ceux du deuxième enfant. C'est la représentation *aux fins de partage*. Elle permet à un héritier de recueillir une part différente de celle qu'il aurait reçue s'il était venu à la succession de son propre chef. Sans l'aide de la représentation, chacun des petits-enfants, tous au même degré par rapport au défunt, aurait reçu une part égale, soit le tiers de la succession. À cause de la représentation, le partage ne s'opère plus par tête, mais par souche. Le descendant du premier enfant le représente et recueille la moitié de la succession attribuée à la souche fondée par ce dernier. L'autre moitié va à la souche fondée par le second enfant et, à l'intérieur de cette souche, elle se divise par tête entre ses descendants[58].

57 Art. 665 C.c.Q.

58 Puisque la représentation a lieu à l'infini en ligne directe descendante, le partage s'opère par tête à l'intérieur d'une souche entre descendants du même degré avec possibilité d'une nouvelle représentation lorsque l'un d'eux est décédé avant ou au même moment que le *de cujus* (ou qu'il est indigne) et qu'il a laissé des enfants (art. 661 C.c.Q.).

Ces exemples démontrent bien que la représentation permet de mieux transposer dans la réalité ces *affections présumées* et ce *devoir de famille* qui sont à la base de la dévolution légale. En plaçant dans certaines circonstances le principe de l'égalité au niveau des souches plutôt qu'à celui des individus, elle empêche que le hasard ou les aléas de la vie entraînent des injustices[59].

Si la représentation ne joue pas chez les ascendants et chez les collatéraux ordinaires qui ne descendent pas des collatéraux privilégiés, c'est parce qu'elle n'est pas nécessaire. En accordant priorité aux ascendants privilégiés sur les autres ascendants dans le classement selon l'ordre, le législateur admet par le fait même qu'en ligne ascendante le devoir de famille s'exerce envers les parents les plus proches et que le partage par souche n'est pas nécessaire, ce que confirme expressément l'article 662 C.c.Q. Chez les collatéraux ordinaires qui ne descendent pas des collatéraux privilégiés, l'absence de représentation s'explique aussi par le phénomène de l'éloignement et l'affaiblissement corrélatif du devoir de famille. Chez la parenté plus éloignée, il n'y a pas d'injustice à ce que les plus proches éliminent les plus éloignés. D'où la suprématie de la règle des degrés. À ce niveau, c'est davantage l'égalité des familles qui importe, plutôt que celle des souches.

C. L'égalité des familles : la fente

Si le principe de l'égalité se manifeste au niveau des héritiers et, en cas de représentation, au niveau des souches, il trouve également un troisième domaine d'application : les lignes. C'est dans le but de maintenir l'égalité entre les lignes paternelle et maternelle que le droit successoral a eu recours au procédé de la *fente*. L'idée est simple et elle consiste à diviser la succession en deux parties égales, l'une destinée aux parents de la ligne paternelle et l'autre à ceux de la ligne maternelle.

Si ce procédé est incontestablement inspiré de l'ancienne règle de droit coutumier *paterna paternis, materna maternis*, il s'en distingue quant à son fondement. La règle coutumière visait la conservation des biens dans

59 On pourrait faire la même démonstration à partir d'exemples illustrant les effets de la représentation chez les collatéraux privilégiés et de la représentation chez les collatéraux ordinaires qui descendent des collatéraux privilégiés.

leur famille d'origine en organisant leur retour dans la ligne d'où ils provenaient. Pour opérer ce retour, il fallait donc tenir compte nécessairement de l'origine des biens. La règle de la fente ignore totalement la provenance des biens et ne vise qu'à répartir également les biens entre les deux familles. À la limite, elle peut même avoir des effets contraires à ceux de la règle coutumière en faisant passer des biens issus d'une famille dans l'autre. Si la règle *paterna paternis, materna maternis* est une dérogation au principe de l'unité de la succession, il n'en est rien de la fente et c'est à tort qu'on la présente parfois comme un tempérament à ce principe[60]. C'est une simple règle technique de répartition égalitaire d'un unique patrimoine successoral[61]. Le fondement le plus plausible de cette règle est encore le devoir de famille que le législateur présume égal envers chacune des familles desquelles une personne est issue, indépendamment du fait qu'elle a reçu plus de biens de l'une que de l'autre[62].

La fente ne peut évidemment pas s'appliquer au niveau des descendants. Ceux-ci perpétuent la double lignée du défunt et ils appartiennent tout autant à sa ligne paternelle qu'à sa ligne maternelle. Elle pourrait trouver application chez les ascendants privilégiés[63], mais la loi en a décidé autrement. Si l'un des ascendants privilégiés ne peut succéder, c'est l'autre qui recueille sa part[64]. Elle ne se manifeste en fin de compte que dans deux cas : le premier est celui de la succession dévolue aux ascendants et collatéraux ordinaires et le second celui de la succession dévolue aux collatéraux privilégiés.

Lorsqu'une succession est dévolue aux ascendants et collatéraux ordinaires, l'application sans réserve de la règle des degrés pourrait conduire à une dévolution des biens au profit d'une seule des deux lignes. La fente intervient précisément pour limiter cette possibilité. En opérant au préalable une division de la succession entre les lignes maternelle et paternelle, elle confine la règle des degrés à un rôle subsidiaire au sein de chaque ligne. Mais la fente est elle-même subordonnée à une toute première division de la succession, ce qui lui confère à son tour un caractère subsidiaire. Voici comment fonctionne ce système.

---

60 G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 13, p. 134.

61 M. GRIMALDI, *op. cit.*, note 5, p. 116.

62 *Id.*, p. 121.

63 Père et mère.

64 Art. 675 C.c.Q.

Lorsqu'une succession est dévolue à des héritiers du troisième ordre et que parmi ceux-ci se trouvent des collatéraux ordinaires descendants de collatéraux privilégiés[65], la moitié de la succession leur est attribuée[66]. L'autre moitié, ou la totalité en leur absence, est ensuite divisée également entre les lignes maternelle et paternelle par application du procédé de la fente[67]. Dans chaque ligne, ce sont les ascendants qui se trouvent au deuxième degré[68] qui recueillent la part attribuée à leur ligne et, à défaut[69], les plus proches collatéraux ordinaires qui descendent de ces ascendants[70]. Faute de ces derniers, ce sont les ascendants au troisième degré qui recueillent la part attribuée à leur ligne ou, en leur absence, les plus proches collatéraux ordinaires qui descendent de ces ascendants[71]. Ce n'est qu'à défaut de parents au degré successible dans une ligne que les parents de l'autre ligne succèdent pour le tout[72], ce qui démontre bien qu'il ne s'agit pas d'une dérogation au principe de l'unité de la succession, mais d'une simple technique de partage.

Ce procédé de dévolution peut permettre à un parent d'une ligne de succéder, même si cela n'est pas conforme à la hiérarchie établie par la loi. Ainsi, une succession où il n'y aurait qu'un grand-père paternel et une tante maternelle se diviserait également entre ces deux héritiers, chacun recevant la moitié, malgré que la loi accorde en principe la préséance à l'ascendant[73]. Sans la fente, la tante serait exclue. Ce procédé peut aussi permettre à un parent de recueillir une part supérieure à celle qu'il recevrait si la succession ne se divisait pas entre les lignes. Ainsi, une succession où il n'y

---

65 C'est-à-dire des petits-neveux, petites-nièces, arrière-petits-neveux, arrière-petites-nièces, etc.

66 Art. 678 C.c.Q. Cela peut entraîner des dérogations au classement selon le degré. Par exemple, un petit-neveu (4e degré) peut succéder en même temps qu'un oncle (3e degré).

67 Art. 679 C.c.Q.

68 Il s'agit des grands-parents paternels et des grands-parents maternels.

69 Si un seul succède, il recueille la part qui aurait été dévolue à l'autre. Il n'y a jamais *refente*.

70 Art. 680 C.c.Q.

71 Art. 681 C.c.Q.

72 Art. 682 C.c.Q.

73 En effet, au sein du troisième ordre, un ascendant au deuxième degré l'emporte sur les collatéraux (art. 680 C.c.Q.).

aurait qu'un grand-père maternel et les deux grands-parents paternels se diviserait également entre les deux lignes et le premier recevrait la moitié et les seconds un quart chacun. Sans la fente, le classement selon la règle des degrés conduirait à un partage égal entre eux, chacun recevant le tiers. La fente fait donc échec aux règles du classement des héritiers au sein d'un ordre et, tout comme pour la représentation, elle peut produire deux effets distincts que, par analogie, on peut qualifier de fente *aux fins de succéder* et de fente *aux fins de partage*.

La seconde manifestation du procédé de la fente apparaît au niveau des collatéraux privilégiés[74]. Elle implique que le *de cujus* a eu des frères ou sœurs issus de différents *lits*. La loi les regroupe alors en trois catégories : les germains, soit ceux qui sont nés du même père et de la même mère que le défunt, les consanguins, soit ceux nés du même père, mais pas de la même mère et les utérins, soit ceux nés de la même mère, mais pas du même père. La fente entraîne la division de la part de la succession dévolue à ces collatéraux privilégiés issus de lits différents entre les lignes paternelle et maternelle, les germains prenant part dans les deux lignes et les consanguins et utérins dans leur ligne seulement[75].

La fente, dans cette seconde manifestation, ne produit des effets qu'*aux fins de partage*. En favorisant l'égalité des lignes plutôt que celle des individus, elle rompt l'égalité qui existe normalement entre cohéritiers du même degré au sein du même ordre. Ainsi, lorsqu'un *de cujus* laisse un frère germain et un frère consanguin, le partage ne s'opère plus par tête, mais par ligne. Puisque le frère germain prend part dans les deux lignes, il recevra un part plus considérable que celle de son frère consanguin qui ne prend part que dans sa ligne. Si toute la succession leur est dévolue, le premier en recueillera les trois quarts et le second l'autre quart. En l'absence de germains, un partage inégal peut aussi se produire si les frères et sœurs consanguins et utérins du défunt ne se répartissent pas également entre les deux lignes. Les frères et sœurs de la ligne inférieure en nombre recevront chacun une part plus grande que ceux de l'autre ligne[76].

---

74 Frères et sœurs, neveux et nièces.

75 Art. 676 C.c.Q.

76 La fente ne fait pas échec à la représentation et si un frère ou une sœur est décédé avant le *de cujus* en laissant des enfants, ces derniers recueilleront la part attribuée à la souche formée par leur ascendant (art. 663 C.c.Q.).

Il va de soi que la fente est inutile lorsque tous les collatéraux privilégiés sont germains puisque ceux-ci prennent part dans les deux lignes. Elle ne sert à rien non plus lorsqu'il n'y a des collatéraux que dans une ligne. Ces derniers succèdent alors pour le tout, à l'exclusion des héritiers du troisième ordre. La fente, comme la représentation, ne permet jamais de faire échec au classement selon l'ordre.

CONCLUSION

La croyance populaire voulant que ce soit *le plus proche qui hérite* n'est pas sans fondement juridique. Elle trouve sa source dans une vieille maxime du droit coutumier français : « le mort saisit le vif, son hoir le plus proche habile à lui succéder ». L'étude des règles de dévolution légale démontre que cette croyance est fondée, à la condition de ne pas réduire le concept de proximité à une seule question de degré de parenté entre le défunt et ses héritiers. Cela ne peut être aussi simple et pour cause.

Le classement établi par la loi entre les héritiers d'un défunt repose sur deux fondements : les affections présumées et le devoir de famille. Pour l'établir, le législateur a posé trois principes directeurs qui interagissent les uns sur les autres : l'unité de la succession, la proximité des héritiers et l'égalité des héritiers. Tout cela ne pouvait pas être traduit dans une simple règle mathématique en vertu de laquelle il aurait suffit de savoir compter pour établir le classement des héritiers légaux. Trouver l'héritier le plus proche est donc une opération juridique parfois assez complexe.

Examiné à la lumière de ces paramètres, le classement des parents apparaît assez conforme. La priorité accordée aux descendants regroupés dans le premier ordre ne peut être contestée. C'est envers eux que l'affection est naturellement la plus grande et le devoir le plus certain. La parité, dans le second ordre, entre les père et mère et les frères et sœurs s'explique aussi sans difficulté par la communauté de vie qui a existé entre ces personnes. Seule la présence au sein de cet ordre des neveux et nièces est moins facile à expliquer. Même si, en matière d'affection et de devoir, les comparaisons ont toujours quelque chose d'un peu odieux, il est difficile de justifier le concours des père et mère avec les neveux et nièces. Quant au sort fait aux parents plus éloignés, tous regroupés dans le troisième ordre, il est probablement en partie arbitraire, mais quand même justifiable. Le statut particulier fait aux petits-neveux et petites-nièces et à leurs descendants semble le résultat d'un parti pris en faveur des plus jeunes, ce qui peut se défendre. C'est l'alternance entre les autres groupes de parents en vertu de laquelle

la préférence va tantôt aux ascendants et tantôt aux collatéraux qui tient davantage de l'arbitraire et qui ressemble plus à une absence de choix.

Analysé à partir des mêmes paramètres, le sort réservé au conjoint survivant appelle plus de réserves. Même si le conjoint hérite, quels que soient les parents que laisse le défunt, son rang parmi les héritiers ne correspond pas toujours à la place prépondérante qu'il occupe naturellement au sein de la famille. En le plaçant en concours avec les héritiers du premier et du deuxième ordre, la loi ne lui donne préséance qu'à l'égard des parents plus éloignés du troisième ordre. Cela l'oblige à subir notamment la concurrence des frères et sœurs, neveux et nièces du défunt. Peut-on vraiment affirmer, à l'instar du ministre de la Justice, que cela reflète la réalité sociale actuelle quant aux affections présumées du défunt[77] ? Cette situation est très proche de celle qui lui a été réservée, en 1915, quand on lui a reconnu pour la première fois la qualité d'héritier régulier. Quant à la part de la succession qu'il recueille, elle est du tiers ou des deux tiers selon qu'il partage respectivement avec des héritiers du premier ou du deuxième ordre. Il y a près de cent ans, elle était du tiers ou de la moitié dans les mêmes circonstances !

L'Office de révision du Code civil, en 1977, avait proposé d'apporter des changements beaucoup plus substantiels aux règles de dévolution légale, principalement en regard du sort réservé au conjoint survivant. Ces changements étaient de trois ordres. L'Office proposait d'abord de faire du conjoint survivant un héritier à part entière du premier ordre et de le mettre en concours uniquement avec les descendants du défunt. Il aurait alors recueilli la moitié en propriété ou la totalité en usufruit, à son choix. En l'absence de postérité, le conjoint aurait succédé seul, à l'exclusion de tous les autres parents du défunt. Il proposait ensuite d'établir une réserve en faveur du conjoint survivant égale à la moitié en propriété de la succession ou du quart selon que le conjoint décédé laissait ou ne laissait pas d'enfant. Enfin, il recommandait que les époux de fait succèdent l'un à l'autre, mais sans part réservataire[78].

Il nous semble que cela reflète davantage la réalité sociale actuelle quant aux affections présumées du défunt et à son devoir de famille. Celui

---

77 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 17, p. 399.

78 OFFICE DE RÉVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, note 31, art. 40-42, 59 et 60, p. 135 et suiv.

en l'honneur de qui ce texte est écrit ne se dissocierait probablement pas de ces propos, lui qui fut un des grands artisans du Rapport de l'Office de révision du Code civil et qui en a souvent défendu les recommandations[79].

[79] Voir au sujet de la réserve héréditaire : Roger COMTOIS, « La liberté de tester, réserve héréditaire ou créance alimentaire », (1985-86) 88 *R. du N.* 500.

L'ACTE NOTARIÉ : UNE TRADITION D'EXCELLENCE AU SERVICE DE LA JUSTICE

Jacques Beaulne*

* Notaire et directeur de la *Revue générale de droit*, Section de droit civil de l'Université d'Ottawa.

INTRODUCTION

Après avoir parcouru la jurisprudence pendant plus de vingt ans, nous sommes toujours satisfait de constater que bien peu de documents notariés font l'objet de contestations judiciaires. À vrai dire, ce constat ne nous étonne guère, convaincu que nous avons toujours été de la grande valeur de cet instrument de justice unique. Non, ce qui nous étonne plutôt, c'est le peu de respect que le système de droit québécois lui témoigne depuis si longtemps. Le notaire et l'acte notarié ont trop souvent fait l'objet de railleries ou de désintéressement : institutions archaïques et inefficaces, symboles de lenteur et spécialistes de la recherche de vétilles dans les contrats sont autant de qualificatifs peu élogieux qui ont été dans l'esprit – sinon dans le langage – d'autres acteurs de notre système de justice.

Pourtant, comme nous aurons l'occasion de le démontrer dans la présente étude, le notariat est aux antipodes d'une profession désuète et stagnante. Le passé du notaire et de l'acte notarié est riche en enseignements et ceux-ci ont toujours été étroitement associés à l'évolution du droit et des institutions de l'État. De simple rédacteur d'actes, sans obligation de conseil à l'égard des parties, le notaire en est venu, au fil des siècles, à assumer la fonction de conseiller juridique à laquelle se greffe celle d'authentificateur des relations contractuelles entre citoyens[1]. La réalité du notariat offre un contraste frappant avec l'image véhiculée au Québec d'une profession poussiéreuse et dépassée, dont la fonction et l'utilité semblent toujours douteuses.

En effet, le notariat et les fonctions du notaire sont, hélas, à la fois méconnus et incompris... souvent par l'État lui-même. Il suffit de rappeler combien le citoyen ordinaire ignore souvent que le notaire est juriste... au même titre que l'avocat[2].

---

1 Wolfgang BAUMANN, « Le notariat allemand Fonctions publiques et sociales », dans *Rapports de la Délégation Allemande*, XXIe Congrès international du notariat latin, Berlin, Bundesnotarkammer, 1995, p. 82.

2 Ce constat vaut non seulement pour le Québec, mais également pour la profession notariale européenne. On peut lire avec intérêt sur cette question la critique d'un auteur qui s'en prend à ce qu'il appelle la « banalisation » de la profession notariale au point où, même en France, seuls les avocats sont parfois perçus comme étant des juristes. Voir Axel DEPONDT, « Quel avenir pour le notariat ? », (1996) 44 *Droit et patrimoine / Le journal des notaires et des avocats* 16.

Pourtant, la doctrine européenne ne cesse de rappeler l'importance du notariat, dont l'un des buts était d'assurer la sécurité juridique et donc, la paix publique et ce, par la rédaction de conventions destinées à éviter la survenance de conflits[3].

Il est vrai qu'il peut être difficile de donner à la fonction du notaire une définition générale, qui engloberait l'ensemble des notariats de la planète. Certains ont cependant avancé que le notariat de type latin – comme celui du Québec – présentait en toutes circonstances trois caractéristiques, soit la présence d'un écrit, la connaissance du droit et la délégation d'une puissance publique[4].

Notre étude examinera plus spécifiquement trois sujets, soit l'évolution de la profession notariale (I), autant avant la *Loi de Ventôse* que par la suite ; puis, l'utilité de l'acte notarié (II) dans le système de justice, dans la société et pour l'État retiendra notre attention et nous permettra de mieux comprendre le positionnement actuel du notaire et de l'acte notarié dans le monde. Enfin, un regard prospectif (III) nous poussera à examiner le rôle de l'acte notarié dans les systèmes de droit civil et à extrapoler sur son avenir.

I. Naissance et évolution du notariat

En faisant tant soit peu de recherches historiques sur le notariat, on s'aperçoit rapidement qu'il n'est pas difficile de remonter très loin dans le temps pour y trouver un indice de la présence du notariat dans l'organisation sociale. Certains auteurs ont identifié un embryon de la profession dès l'époque d'Hammourabi (1730 av. J.-C.), pour en signaler aussi l'existence dans l'Égypte pharaonique et même en Grèce antique, où Aristote insistait sur l'importance d'une magistrature qui procédait à l'enregistrement des contrats privés[5].

Toutefois, cette longue genèse du notariat, aussi riche et intéressante soit-elle, ne constitue pas le propos principal de notre étude, si ce n'est

---

3 Eric DECKERS, « Le notaire, jardinier de la démocratie », (1995) *Revue du notariat belge* 215.

4 *Id.*, 216.

5 Alain MOREAU, « L'histoire de l'authenticité », dans *Modernité de l'authenticité*, Les petites affiches, Les journaux judiciaires associés, 28 juin 1993, n° 77, 1er cahier, p. 5.

pour situer la profession[6]. Pour ce faire, nous avons choisi de présenter l'histoire du notaire – et des actes qu'il est appelé à rédiger – autour de l'axe principal de sa modernité, soit la *Loi de Ventôse*. Nous nous proposons, en conséquence, de dresser une esquisse rapide de l'évolution du notariat au cours de la période qui a précédé la législation de 1803 (A). Dans un second temps, nous nous arrêterons quelques instants sur la loi constitutive du notariat afin de mieux saisir sa raison d'être et les orientations qu'elle donnait alors à la fonction notariale (B), pour finalement s'interroger sur son influence au Québec (C).

A. Période pré-Ventôse : du tabellion à l'écrivain public

Les traces les plus tangibles d'un véritable notariat – tel que le conçoivent aujourd'hui les systèmes de droit civil, du moins – remontent à l'Empire romain du III[e] siècle, où le développement de l'économie et du volume des relations juridiques avait rendu nécessaire la création des « tabellions » – dont le nom provient des tablettes sur lesquelles ils gravaient leurs écrits – auxquels l'on avait entre autres confié la tâche d'établir les testaments, les contrats et les requêtes à l'empereur. Ces écrivains publics ne possédaient au départ que quelques connaissances juridiques[7]. Toutefois, dès le IV[e] siècle, leurs fonctions se sont accrues, en raison du remplacement des tablettes par le papyrus. À compter de cette période, la signature du tabellion sur l'écrit lui conférait l'authenticité « [...] en confirmant que la partie qui l'a fait établir a déclaré valablement ce qui est

6 Les études historiques relatives au notariat sont très nombreuses et de source variée et plusieurs seront citées dans la présente étude. En langue anglaise, on peut consulter Pedro A. MALAVET, « The Latin Notary, A Historical and Comparative Model », (1996) 19 *Hastings International and Comparative Law Review* 389, 389-488. Cet article comporte une section entière consacrée au notariat en Amérique du Nord... mais il ne fait curieusement aucune mention du notariat québécois ; en fait, il ne dit mot du Canada ! Tout au plus signale-t-il, dans sa note infrapaginale, l'étude de M[e] Julien S. Mackay, « Histoire du notariat au Canada », dans *Atlas du notariat* (1989). C'est à se demander si le notariat québécois existe encore ! L'auteur relate pourtant le notariat dans la plupart des pays du monde, dont le Japon et Porto Rico.

7 Bernard REYNIS, « La conception du rôle du notaire dans les pays de l'Union européenne », dans *La fonction notariale en Europe / Septièmes rencontres notariat-université*, Les Petites affiches / La Loi, 20 avril 1998, n[o] 47, p. 5.

écrit dans l'acte »[8]. Dès 537, la fonction notariale était étendue à l'ensemble de l'Empire romain. Ce sont ces mêmes tabellions romains qu'on considère aujourd'hui comme les « ancêtres immédiats des notaires »[9]. Quant au caractère de la force probante rattachée à l'authenticité, il n'est apparu qu'un siècle plus tard, sous Justinien[10].

Dans le *Capitulaire 40* promulgué en 803, Charlemagne avait ordonné aux gouverneurs et comtes, évêques et abbés d'avoir chacun leur notaire, qui portait alors le titre de « juge écrivain des contrats » (*judices cartulari*). Par la suite, à compter de 1137 – époque où le Code Justinien fit une percée dans les provinces du midi de la France –, les magistrats des seigneurs commencèrent à exercer personnellement le notariat et, selon l'expression d'un auteur, ils « passaient les actes des parties en jugement ». Ce n'est toutefois qu'un siècle plus tard, soit en 1270, que Saint Louis décida d'opérer une séparation entre les juridictions contentieuse et volontaire, en confiant cette dernière à soixante notaires de Paris, qui acquirent dès lors « le droit d'instrumenter dans tout le domaine de la couronne, et le pouvoir de donner à leurs actes, le caractère d'autorité publique »[11].

L'histoire témoigne également de la richesse de la profession notariale dans ses expressions matérielles, dont la minute et le répertoire. Par exemple, c'est dès le XIe siècle, alors que le notariat prenait véritablement racine en Europe, que le notaire se mit à « [...] conserver ses notes écrites en petits caractères (la minute) alors qu'il les jetait auparavant »[12]. On y reconnaîtra bien évidemment l'embryon de la « minute » des notaires, bien que la rédaction d'actes « en minute » ne ferait véritablement son apparition qu'au XVe siècle. Toujours au XIe siècle naissait l'ancêtre du répertoire des notaires, dans lequel sont consignés tous les détails relatifs à la réception de leurs actes :

> Ces notes prennent une valeur juridique, elles sont inscrites dans un registre, qu'il [le notaire] conserve et qu'il transmet à ses successeurs.

---

8 *Id*. Pour un récit historique fort complet du notariat, voir A. MOREAU, *loc. cit*., note 5, 6-9.

9 A. MOREAU, *loc. cit*., note 5, 6.

10 B. REYNIS, *loc. cit*., note 7, 5.

11 H. CARION et J. BROUEZ, *Traité théorique et pratique de notariat*, Bruxelles, Librairie Polytechnique d'Aug. DECQ, 1847, p. 2. Voir aussi Alain MOREAU, *Le notaire dans la société française d'hier à demain*, Paris, Economica, 1999, p. 56.

12 B. REYNIS, *loc. cit*., note 7, 6.

> En conséquence, désormais le notaire ne remet plus l'acte écrit à ses clients mais simplement une copie du texte qu'il a transcrit. Notre moderne répertoire (sic) apparaît avec l'obligation faite au notaire italien du 11e siècle de tenir un registre sous forme abrégée de ses actes [...].[13]

C'est dans ce livre relié, appelé « Protocole » (*Protocol Breviatus*)[14], que le notaire inscrivait un intitulé ainsi qu'un résumé de l'acte[15], comprenant les noms des parties, la date et le lieu de signature de l'acte, ainsi que son objet et la signature du notaire. Les actes ainsi abrégés, tout comme le Protocole d'ailleurs, étaient à l'époque rédigés en latin[16].

En 1706, le troisième édit de Louis XIV créait les notaires royaux, confirmant ainsi le statut du notaire comme celui d'un « magistrat de la juridiction volontaire, c'est-à-dire le juge du consensuel »[17]. D'ailleurs, à compter de ce moment,

> [...] les parties à l'acte comparaissent devant le notaire comme « en justice et en jugement » pour se soumettre ensuite à l'exécution du contenu de l'acte reçu par lui.
>
> À ce moment, le notaire est donc considéré comme le magistrat de la juridiction volontaire, c'est-à-dire le juge du consensuel.[18]

Dès cette époque lointaine, le rôle du notaire s'apparentait donc à celui du tribunal, sauf que tandis que le juge tranchait le conflit né après un

---

13 *Id.*

14 Fait intéressant, le « Protocole » existe encore aujourd'hui, notamment au Mexique, et les actes notariés y sont inscrits, par voie de transcription. Sur cette question, voir Francisco S. ARIAS GONZALEZ (dir.), *La fonction publique et sociale du notariat*, XXIe Congrès international du notariat latin, Berlin, 1995, p. 22.

15 D'où l'appellation d'abréviation, *breviatus* ou brevet.

16 Au début du XIIIe siècle, une École du notariat fut créée à Bologne, pour former les notaires en vue de la rédaction d'actes inattaquables. À cette époque, les notaires recevaient les actes entre particuliers et entre la commune de Bologne et les particuliers. Dès 1282, les premiers statuts des notaires furent adoptés à Bologne. À cette époque, les parties conservaient l'original du contrat et le notaire faisait les inscriptions nécessaires dans son Protocole. Ce résumé inscrit au Protocole suffisait à établir l'authenticité de l'acte.

17 A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 56 et 57.

18 A. MOREAU, *loc. cit.*, note 5, 9.

accord des parties, l'acte du notaire représentait une sorte de jugement préventif, destiné à éviter la naissance même du désaccord. Plus tard, Favard notait, dans son rapport du *21 Ventôse an XI*, que le notaire remplissait « une magistrature qui se présente comme la clef de l'édifice social [...] »[19]. Préparant la réduction des notaires – dont le nombre est par la suite passé de 40 000 à 14 000 –, la loi réalisa la rupture définitive entre le notariat et les tribunaux judiciaires[20] et, à partir de cette date, les actes notariés devinrent authentiques par la seule signature du notaire et portaient d'eux-mêmes la force probante et la force exécutoire[21].

Cette utilisation peu coordonnée de la fonction notariale se révéla toutefois quelque peu chaotique. En effet, en 1791, on comptait de nombreux types de « notaires » en Europe, car toutes les autorités, qu'elles fussent étatiques ou religieuses, rois, princes, pape et évêques, avaient instauré leurs propres notaires. Le temps était venu de mettre un peu d'ordre dans l'institution.

C'est précisément ce à quoi s'attarda la Révolution française, qui fit table rase de toutes ces catégories de notaires, sans cependant abolir le notariat lui-même[22]. Bien au contraire, « [l]es réformateurs eurent le génie de repenser fondamentalement l'institution en lui donnant une mission sociale bien spécifique »[23]. Cette période de réflexion dura douze années et mena à la *Loi de Ventôse* de 1803 sur la création du notariat moderne.

B. *Loi du 25 Ventôse an XI* : la naissance de l'institution notariale moderne

Il ne paraît pas inutile, loin de là, d'insister sur le fait que le notariat a été intimement – indissociablement n'est pas exagéré – lié à la codification

---

19 Gérard KAEUFLING, « Fonctions publiques et sociales du notariat » , dans *Rapports officiels du notariat français*, XXIe Congrès international du notariat latin, Berlin, p. 35.

20 À l'époque, des liens étroits existaient entre les notaires et les tribunaux ; les notaires dépendaient d'ailleurs souvent des seigneurs, qui rendaient eux-mêmes la justice dans leur domaine. Sur cette question, voir H. CARION et J. BROUEZ, *op. cit.*, note 11, p. 2 et suiv.

21 Jean-Louis MAGNAN, *Le notariat et le monde moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979, p. 104.

22 E. DECKERS, *loc. cit.*, note 3, 216.

23 *Id.*

du droit civil en Europe. Comme l'a si bien exprimé un auteur : « L'histoire du notariat moderne est indissociable de celle du Code civil, dans lequel l'acte authentique tient une place essentielle [...]. »[24]

En effet, après la révolution de 1791, la France avait à redéfinir les bases sur lesquelles la nouvelle société devait être construite. À cette date, les options qui s'ouvraient aux réformateurs du droit étaient les suivantes : soit opter pour le libéralisme juridique anglais, soit puiser dans les idées – dont celles de la liberté et de l'égalité – des grands juristes français du XVIIIe siècle. On connaît la solution retenue. C'est donc dans ce contexte que le nouveau notariat a été façonné : conçu pour garantir l'intérêt public en assurant l'équilibre entre la liberté individuelle et l'intérêt public. Et, comme l'a souligné un auteur, cet équilibre, c'est aussi le fondement de la démocratie ; sans lui, c'est soit l'anarchie, soit la dictature[25].

Tous les notaires savent – ou devraient savoir – que l'organisation notariale moderne est née en 1803 – une année avant l'arrivée du Code Napoléon, doit-on le souligner[26] – sous l'impulsion du conseiller Réal. Cette réforme majeure, au cœur de la profession notariale moderne, se traduisait par l'adoption de la *Loi du 25 Ventôse an XI* (16 mars 1803)[27]. Il

---

24 B. REYNIS, *loc. cit.*, note 7, 6.

25 E. DECKERS, *loc. cit.*, note 3, 217. Pour un tableau historique du notariat, depuis l'Ancien Régime jusqu'au notariat contemporain, voir Alain MOREAU, « Le notariat français à partir de sa codification », dans *Le notariat, profession de tradition et d'avenir*, XVIIe Congrès international du notariat latin, UINL, Florence, 1984, p. 13-164.

26 Le *Code civil des Français* fut promulgué par la loi du 21 mars 1804 (*30 Ventôse an XII*).

27 Pour une lecture absolument fascinante de l'histoire de la *Loi de Ventôse*, voir *Destin d'une loi, Loi du 25 Ventôse an XI Statut du notariat*, Clermont-Ferrand, Éditions G. De Bussac, 2003. Malheureusement, cet ouvrage a fait l'objet d'une diffusion très restreinte ; pour un résumé du contenu de cet ouvrage, voir Jacques BEAULNE, « Chronique bibliographique Destin d'une loi : la vitalité du notariat dans le monde », (2004) 34 R.G.D. 365-378. Pour un récit plus détaillé des travaux et des événements qui ont mené à la rédaction de cette loi, voir Alain MOREAU, *Les métamorphoses du scribe – Histoire du notariat français*, Perpignan, Éditions Socapress, 1989, p. 215-226.

convient d'ailleurs de reproduire le désormais célèbre passage du discours du Conseiller[28] :

> À côté des fonctionnaires qui concilient et jugent les différends, la tranquillité appelle d'autres fonctionnaires qui, conseils désintéressés des parties, aussi bien que rédacteurs impartiaux de leur volonté, leur faisant connaître toute l'étendue des obligations qu'elles contractent, rédigeant les engagements avec clarté, leur donnant le caractère d'un acte authentique, et la force d'un jugement en dernier ressort, perpétuant leur souvenir et conservant leur dépôt avec fidélité, empêchent les différends de naître entre les hommes de bonne foi et enlèvent aux hommes cupides avec l'espoir de succès l'envie d'élever une injuste contestation.
>
> Ces conseils désintéressés, ces rédacteurs impartiaux, cette espèce de juges volontaires qui obligent irrévocablement les parties contractantes sont les notaires : cette institution est le Notariat.[29]

C'est cette loi qui donna une impulsion et une énergie nouvelles à la profession notariale, en aménageant notamment un système où le notaire devenait un juge de juridiction volontaire dont les actes étaient dotés du caractère de l'autorité publique et exécutoires de la même manière que le jugement émanant du juge de la juridiction contentieuse[30]. Aussi n'est-il pas étonnant que la doctrine eut tôt fait de signaler les similitudes entre les actes notariés et les jugements pour en déduire que le juge assumait la fonction de « magistrat de la juridiction contentieuse » et le notaire, celle

---

28 Tous les juristes connaissent ce légendaire passage du conseiller Réal. Toutefois, peu connaissent l'identité du personnage ; même son prénom est demeuré pratiquement secret. Or, il y avait à l'époque du Premier Empire, deux membres qui furent conseillers d'État et qui portaient le nom de famille « Réal », soit Pierre-François et Guillaume-André. Pour un développement intéressant sur cette question, voir A. MOREAU, *op. cit.*, note 27, p. 226-229, qui conclut qu'il ne pouvait s'agir que du premier.

29 Pierre-Émile NORMAND, « La loi, le contrat et l'acte authentique », J.C.P. éd. N. 1990.doctr.365, n° 54. Selon certains, ce serait la plus belle définition du notaire moderne. B. REYNIS, *loc. cit.*, note 7, 6.

30 D'ailleurs, les travaux préparatoires de cette loi expliquaient que « par cette disposition, la loi constitue véritablement le notariat, en donnant aux actes que le notaire reçoit le caractère et la force que la loi donne aux jugements qui sont passés en force de chose jugée ». Voir *Répertoire du notariat*, tome XI, 1.11, p. 26, *Code du notariat*.

de « magistrat de la juridiction volontaire », « d'authentificateur et [de] magistrat des contrats »[31] ou encore de « magistrat de l'ordre privé »[32].

La *Loi de Ventôse* constitua, de fait, la loi organique du notariat et, en raison notamment des conquêtes napoléoniennes subséquentes, devint également la loi constitutive de plusieurs notariats européens. Encore aujourd'hui, la *Loi de Ventôse* représente la loi organique du notariat de plusieurs pays en Europe ; en ce sens, une loi « professionnelle » notariale telle que nous la connaissons au Québec, constitue une exception – nous allions écrire une anomalie – à une organisation notariale. Nous tenterons dès à présent d'explorer certaines avenues afin de tenter d'expliquer les raisons pour lesquelles la constitution du notariat au Québec a des sources et une histoire si distinctives.

C. Impact de la *Loi du 25 Ventôse* au Québec : un spectre sans influence ?

Le notariat du Québec se distingue à maints égards de ceux de la plupart du monde – du moins ceux de l'Europe. Non seulement sa loi constitutive ne ressemble en rien à la loi organique « typique », mais le statut de l'acte du notaire québécois accuse des différences significatives de celui de son homologue européen. Certes, plusieurs points de convergence existent entre les notaires du Québec et d'Europe : tous deux sont des officiers publics, des conseillers juridiques, des juristes impartiaux. Ils sont également astreints à des devoirs identiques, dont celui de conseil est probablement le plus important. Cependant, ils accusent au moins deux différences significatives, soit leur statut au sein de la justice de l'État et la reconnaissance de la qualité des actes qu'ils sont appelés à rédiger. Autrement dit, le notaire du Québec pourrait être qualifié de « parent pauvre » du notaire européen, et ses actes, des « pâles reflets » des actes notariés d'outre-mer.

---

31 Jean-François LEDOUX et Daniel STERCKX, « La réforme du notariat et des actes notariés » , *Journal des tribunaux*, 11 mars 2000, n° 5961, 209-225, p. 211. Voir aussi Léon RAUCENT, *Fonction et statuts des notaires*, t. I, 3e éd., Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1988, p. 38, qui utilise le même qualificatif pour expliquer la fonction notariale.

32 Patrick ALLARD et Pascal JULIEN-ST-AMAND, « Les potentialités du statut / Troisième commission » , dans *26e congrès du Mouvement Jeune Notariat – Le statut de la liberté*, Québec, 1995, p. 127.

D'où la question légitime : pourquoi le notariat québécois n'a-t-il pas bénéficié de l'impact de la *Loi de Ventôse*[33] ? Pourquoi ne reconnaît-on pas au notaire du Québec un statut similaire – ne serait-ce qu'en partie – à celui du juge ? Et pourquoi ses actes ne sont-ils pas dotés de la force exécutoire, comme le sont ceux de ses confrères et consœurs européens ? À notre avis, la réponse à cette question est aussi simple que navrante : au moment où la *Loi de Ventôse* opérait, en Europe, une véritable révolution du notariat, le Québec... n'appartenait plus à la France, mais était passé aux Anglais depuis cinquante ans déjà ! La vague réformiste du notariat moderne ne se sera donc jamais rendue en Nouvelle-France, puisque cette dernière n'existait plus.

Évidemment, le Québec connaissait l'institution notariale depuis au-delà de cent ans, les notaires y étant déjà largement présents depuis le début du XVII[e] siècle. Mais le notariat qui prévalait alors dans la colonie était celui de l'ancien empire, et non celui de la Révolution française. Au Québec, la structure et l'organisation de la profession notariale, le statut du notaire ainsi que la nature, le statut et les fonctions de l'acte notarié restèrent donc imperméables à la *Loi de Ventôse*, de sorte que dans les faits, le Québec conserva l'institution notariale telle qu'elle était avant la conquête par l'Angleterre. Adieu le rôle de magistrat de la juridiction volontaire pour le notaire québécois ! Aux oubliettes, la force exécutoire de l'acte notarié au Québec ! De plus, la structure professionnelle au Québec – à laquelle a dû se joindre le notariat – est encadrée par le *Code des professions* (L.R.Q., c. 26), ce qui contribuera à distancier davantage le notaire québécois de ses homologues à travers le monde.

Est-ce à dire que l'exercice de la profession de notaire au Québec est aujourd'hui à ce point différent de ce qu'il est en Europe ? Serait-ce un crime de lèse-majesté que de vouloir comparer, au Québec, le notaire au juge et l'acte notarié au jugement ? À voir le peu d'importance que le système juridique québécois attribue aux notaires et à leurs actes au sein de l'administration de la justice, l'on pourrait penser en effet que l'État québécois et certains juristes en sont fermement convaincus !

---

33 Pour une étude plus complète de cette loi et une réflexion éclairante sur son sens et son essence, voir A. MOREAU, *op. cit.*, note 27, p. 229-232. Pour un tableau de l'impact et du développement de cette loi en Europe depuis son adoption jusqu'au début du XX[e] siècle, voir A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 65-68.

Pourtant, ce parallèle entre le juge – au sens où il est compris au Québec – et le notaire, et entre le jugement du tribunal et l'écrit du notaire était bien présent longtemps avant la loi organique du notariat de 1803. La fonction notariale était en effet, et ce depuis plusieurs siècles, associée à la magistrature[34]. En conséquence, même s'il est vrai de dire que les attributs conférés au notaire et à ses actes par la *Loi de Ventôse* n'ont point eu droit de cité au Québec, il n'est pas si certain qu'on doive les évacuer aussi rapidement. Napoléon a peut-être renouvelé le notariat latin, mais il ne l'a pas créé ! Aussi, malgré une anomalie dans son développement, le notaire et l'acte notarié québécois conservent-ils, à notre avis et encore aujourd'hui, les mêmes qualités – à quelques exceptions près – que leurs homologues européens. De sorte que, à quelques éléments près, ils constituent tous deux – même si l'État ne l'a pas encore compris – des instruments utiles de justice et de paix sociale, ainsi que nous allons à présent le démontrer.

II. Utilité de l'acte notarié

Selon André Moreau, il existerait trois « moteurs » de l'évolution du droit dans les systèmes de droit civil : la doctrine, la jurisprudence et... la pratique notariale[35]. Même si le dernier d'entre eux est très généralement omis, l'auteur estime qu'il ne faut pas en ignorer la présence, parce que « [...] les créations continues destinées à répondre à des besoins ponctuels finissent par déterminer des lignes de force donnant postérieurement lieu à des mesures législatives »[36].

Que comprendre de ceci ? On peut certainement considérer qu'il s'agit d'une mention très claire sur le rôle de l'acte notarié qui, répondant à des besoins juridiques insatisfaits des citoyens, vient consolider leurs droits. Par la coutume qui résulte de l'utilisation répétée de clauses dans les actes notariés s'instaure alors une solution juridique plus permanente, souvent reprise ultérieurement dans une réponse législative. Fait intéressant, ce

[34] Voir A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 61, qui note que les références à une magistrature quand on parle du notariat sont constantes à travers l'histoire juridique française.

[35] A. MOREAU, *op. cit.*, note 27, p. 486.

[36] *Id.*, p. 487.

constat est également valable au Québec, comme l'a signalé M[e] François Frenette encore récemment :

> L'acte authentique tend naturellement moins à créer le droit qu'à l'exprimer de façon appliquée pour le bénéfice des parties contractantes. Ces observations n'excluent pas pour autant que la rédaction des actes authentiques puisse fournir un apport significatif au développement de la loi.[37]

Les domaines du droit où cet auteur cite ce qu'il appelle la « fonction créatrice de droit du notaire » incluent notamment le droit matrimonial (réforme des régimes matrimoniaux et renonciation aux droits), le droit de la copropriété indivise, l'hypothèque immobilière et le droit des successions (déclarations de transmission)[38].

En sus de cette fonction de création du droit, l'acte notarié fait figure de proue du système de justice en raison de son utilité. Il convient à présent d'examiner cette utilité sous trois aspects. En effet, l'acte notarié est utile dans sa fonction d'acte de magistrature gracieuse à l'intérieur même du système de justice (I) ; en second lieu, en raison de son effet stabilisateur des relations contractuelles, il affiche une utilité sociale (II) ; enfin, de par la garantie de la démocratie qu'il porte, l'acte notarié est utile dans un État de droit (III).

A. Utilité dans le système de justice : un acte de magistrature gracieuse

Le rôle du notariat dans le système judiciaire est essentiel et clairement défini : il s'agit du service d'une juridiction préventive et volontaire[39]. Tandis que l'avocat défend et conseille son client, que le juge met fin à un litige, le notaire, en favorisant le rapprochement des parties, établit la jus-

37 François FRENETTE, « La fonction créatrice de droit du notaire québécois mesurée à l'aune de son activité principale », (2001-2002) 103 *R. du N.* 213, 216, n[o] 5.

38 *Id.*, 218 et suiv.

39 Luc WEYTS, « Fonctions publiques et sociales du notariat belge », dans *Rapports officiels du notariat belge*, XXI[e] Congrès international du notariat latin, Berlin, 1995, p. 9.

tice dans ses contrats[40]. On a d'ailleurs fortement insisté sur les rôles fondamentalement différents de l'avocat et du notaire dans l'administration de la justice, décriant en même temps les tentatives de fusion entre les deux professions :

> Il faut donc que le rédacteur du contrat ne soit pas aussi un plaideur. En sollicitant le concours du notaire, les parties doivent savoir qu'elles s'adressent à un arbitre impartial, soucieux de l'efficacité de son acte, qui mettra toute sa science à prévenir les risques de litige.[41]

La conception de la fonction notariale comme magistrature gracieuse est présente depuis des temps immémoriaux dans la tradition juridique européenne et elle a contribué à renforcer le rôle du notaire dans le système d'administration de la justice. En effet, on considérait que sa présence permettait de « [...] préserver la justice dans les contrats »[42] ; il assurait donc essentiellement le service de la justice[43] : « Le notariat appartient [...] au troisième pouvoir (le pouvoir judiciaire) et il ne peut être que naturel et de bonne administration de lui conférer des tâches qui devraient désengorger notablement les Tribunaux. »[44]

---

40 *Id.*, 14-16. Voir aussi Emilio Garrido CERDA, « Fonctions publiques et sociales du notariat », dans *Résumés des rapports présentés par le Notariat Espagñol* (sic), XXIe Congrès international du notariat latin, Berlin, 1995, p. 27 ; cet auteur explique que le notaire assume une importante fonction imaginée par l'État, soit celle d'éviter la « justice litigieuse ». Un autre auteur souligne que la fonction du juge est d'établir l'ordre juridique lorsque celui-ci a été troublé à la suite d'un conflit tandis que celle du notaire est de prévenir les litiges en assurant la sécurité dans les relations sociales ; Jean YAIGRE, *Droit professionnel notarial*, Paris, Librairies Techniques, 1991, p. 143.

41 A. DEPONDT, *loc. cit.*, note 2, 21. À noter que le plaidoyer de l'auteur nous semble malheureusement en partie inexact. En effet, le notaire n'est pas un « arbitre », car l'arbitre, comme le juge, doit trancher un litige. Au contraire, les fonctions du notaire amènent les parties à une entente qui ne fait ni vainqueur ni vaincu, car il n'y a pas cet état de confrontation typique des disputes judiciaires.

42 L. WEYTS, *loc. cit.*, note 39, 16, n° 12.

43 Pour un auteur, il est certain que le notariat est un service public et qu'il correspond à l'intérêt public faisant partie du pouvoir judiciaire ; à preuve, soutient-il, le notariat fait partie des attributions du ministre de la Justice. Voir A. MOREAU, *loc. cit.*, note 25, 80. Pour une étude approfondie du concept de « service public de la justice » et la démonstration à l'effet que la fonction notariale remplit effectivement un tel service, voir A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 76-89.

44 P. ALLARD et P. JULIEN-ST-AMAND, *loc. cit.*, note 32, 124.

1. Comparaisons historiques : l'acte notarié à travers les âges

Cette longue tradition de participation à la justice s'est perpétuée et fait partie, depuis toujours, de l'enseignement du droit notarial européen, ainsi qu'en fait foi la leçon inaugurale des Cours de notariat donnée par le professeur Maton le 20 octobre 1886, à l'Université catholique de Louvain : « On a dit avec raison qu'il [le notaire] est le juge volontaire des parties ; il est plus même que les magistrats ordinaires, car jugeant sa procédure, sans lenteurs, sans frais, il a l'assentiment de ses justiciables [...]. »[45]

Il y a quelques années à peine, des auteurs rappelaient la modernité de la comparaison entre le notaire et le magistrat, affirmant que le notariat constituait une magistrature volontaire[46] et qu'il formait toujours l'essence de l'authenticité. Pour illustrer leur propos, ils apportaient en preuve un cas vécu :

> Lors d'une cession de titres de société, nous mettions au point une garantie d'actif et de passif.
>
> Les parties se sont accordées sur une rédaction, mais le conseil des vendeurs, avocat du judiciaire, a laissé clairement entendre à ses clients qu'en cas de mise en jeu de la garantie, il plaiderait en tout état de cause. Ainsi ses clients retarderaient-ils au moins l'exécution de leur engagement.
>
> En dehors du fait que cette attitude dénote l'ignorance qu'a cet avocat de la force exécutoire des conventions passées en la forme authentique, elle va à l'encontre de l'intérêt des parties qui sont venues chercher l'équilibre et qui repartiront avec un sentiment d'insécurité totale.[47]

On a aussi établi un parallèle entre la « juridiction volontaire » du notaire et la « juridiction gracieuse » du Tribunal en Chambre du Conseil, soulignant que « le résultat obtenu dans les deux cas est similaire. Il s'agit d'un jugement qui en tant que tel, est d'ordre public et opposable aux

---

45 Adolphe MATON, *De l'enseignement du notariat en Belgique et dans les pays étrangers*, Bruxelles, Revue pratique du notariat belge, 1886, p. XXXIII.

46 W. BAUMANN, *loc. cit.*, note 1, 67, écrit : « Du fait des fonctions qu'il exerce, le notaire est proche du juge dans l'assistance juridique préventive. »

47 Jacques DELORME et Damien BRAC DE LA PERRIÈRE, « Authenticité et liberté / Deuxième commission », dans *26e congrès du Mouvement Jeune Notariat – Le statut de la liberté*, *op. cit.*, note 32, p. 79.

tiers »[48]. La ressemblance se constate également quant à d'autres aspects de l'exercice de leurs fonctions, en Europe tout au moins : que l'on pense à la nécessité pour l'un et l'autre de savoir concilier et d'être idoines, la similarité des études auxquelles ils sont soumis[49] ou encore le fait que tant le juge que le notaire sont institués à vie et jouissent d'une compétence territoriale définie[50]. Enfin, le notaire, comme le magistrat dans ses jugements, confère l'authenticité à ses actes.

Par contre, il ne fait aucun doute que certaines différences importantes existent entre le rôle du notaire et celui du juge. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler que le juge décide, c'est-à-dire qu'il impose sa propre décision – le jugement – aux parties qui se sont présentées devant lui. À l'opposé, « le notaire ne substitue pas d'autorité, son jugement à la volonté du citoyen »[51] ; il procède à des constatations, mais n'a aucun pouvoir d'appréciation, contrairement au juge qui, lui, en bénéficie[52]. À ce propos, il est fort intéressant de noter qu'on dit généralement du notaire qu'il a comme fonction de « recevoir » des actes dans le cadre de la justice gracieuse. Cette expression met en évidence le fait que ce sont les parties elles-mêmes qui prennent l'initiative de leur convention (en ce sens qu'on ne peut pas dire que la convention est dictée par le notaire). Le notaire exerce son devoir de conseil, mais il n'intervient pas comme tel sur le fond de

---

48 J.-L. MAGNAN, *op. cit.*, note 21, p. 143.

49 En rapport avec les études auxquelles est astreint le notaire, on en a conclu que ce dernier avait la maîtrise du droit, et que « les parties même expérimentées, s'en remettent entièrement à celui que la loi désigne pour sa compétence particulière dans le domaine des contrats privés [...] ». Voir L. WEYTS, *loc. cit.*, note 39, 20, no 18.

50 Toutefois, cette dernière caractéristique est loin d'être absolue. En France, par exemple, un décret du 29 avril 1986 a conféré au notaire français une compétence qui lui permet d'exercer ses fonctions sur tout le territoire national, à quelques exceptions près. Ces exceptions sont les territoires d'outre-mer ; auparavant, les notaires français avaient une compétence territoriale limitée à celle de la juridiction de leur résidence professionnelle. Voir Jean-Michel OLIVIER, « L'authenticité en droit positif français », dans *Modernité de l'authenticité*, Les petites affiches, Les journaux judiciaires associés, 28 juin 1993, no 77, 1er cahier, p. 16 et 17. Au Québec, la compétence territoriale du notaire s'étend et s'est toujours étendue à l'ensemble du sol national.

51 A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 84.

52 Georges DE LEVAL, « La force exécutoire de l'acte notarié », dans *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. XV, Liège, Faculté de droit, Université de Liège, 26 mars 1992, p. 148 et suiv.

l'engagement[53] : il doit obligatoirement respecter la volonté des parties et ne peut jamais leur dicter la sienne, contrairement au magistrat qui, lui, impose sa décision[54].

De même, certains auteurs ont souligné d'autres différences importantes qui distinguent le jugement du tribunal de l'acte du notaire. En premier lieu, même s'il est vrai que le juge, comme le notaire, procède à des constatations, le premier dispose d'un pouvoir d'appréciation dont ne jouit pas le second[55]. Au Québec, cette différence est, encore aujourd'hui, très palpable. Par exemple, la compétence de vérification du testament olographe ou devant témoins – laquelle n'implique que l'application objective des normes légales prescrites quant à la forme des testaments – est accordée tant au notaire qu'au juge ; à l'inverse, l'article 714 C.c.Q., qui permet la validation d'un testament informe, limite la prérogative d'appréciation au juge seulement, car la procédure implique un pouvoir d'appréciation, exclusif au juge. En second lieu, la force probante de l'acte notarié ne s'étend pas à tout le contenu de l'acte, mais uniquement à certains éléments, soit la date et d'autres dont le notaire a pour mission de constater ; en conséquence, elle ne concerne pas le contenu comme tel de la convention entre les parties[56]. En droit québécois, la force probante de l'acte notarié porte tout d'abord sur sa confection ; elle s'étend également aux déclarations du notaire sur les faits qu'il a pour mission de constater, dont l'identité des parties[57], ainsi que la lecture et la signature de l'acte[58].

Malgré ces différences, il n'en demeure pas moins que « l'intervention du notaire, en prévenant les litiges possibles et en simplifiant les procédures d'exécution, en fait un rouage indispensable dans l'administration

---

53 L. WEYTS, *loc. cit.*, note 39, 36 et 37, n° 52.

54 A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 96.

55 G. DE LEVAL, *loc. cit.*, note 52, 148.

56 *Id.*

57 La force probante ne s'attacherait cependant ni à la capacité des parties, ni sur leur qualité, lorsqu'elles agissent pour autrui ; voir Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, nos 267 et 268, p. 107-109.

58 *Id.*, nos 271 et suiv., p. 111 et suiv. Voir aussi Alain ROY, *Déontologie et procédure notariales*, Montréal, Éditions Thémis, 2002. Selon ce dernier, sont aussi garantis par l'acte notarié le « rapport exact des conventions » et les déclarations des parties, l'expression de leur consentement, ainsi que la date et le lieu de réception de l'acte (n° 348, p. 171).

d'une bonne justice »[59]. C'est pour cette raison qu'encore aujourd'hui, la doctrine écrit qu'à côté de la magistrature effective que sont les tribunaux, il existe une magistrature préventive, les notaires[60]. De cette intervention du notaire, qui constitue une gestion préventive des conflits, un auteur belge a conclu : « C'est pourquoi il est correct, je crois, d'affirmer que *le notaire est le magistrat de la justice préventive*. »[61] Plusieurs autres descriptions ont été avancées en l'espèce. Certains ont parlé du notariat comme de la « magistrature de l'ordre contractuel »[62], ou encore d'une « sorte de magistrature » dans le cadre de la juridiction gracieuse ou volontaire[63]. L'on a même écrit que « [l]e notaire serait au contrat ou au non contentieux ce que le magistrat est au procès »[64].

Il n'est donc pas étonnant que, dans ce contexte, le notaire soit un officier public pourvu d'une délégation directe de l'État[65] dont la mission consiste en l'administration d'une justice gracieuse :

> L'autorité que le notaire tient de sa qualité d'officier public, nommé par le Pouvoir et détenteur d'une parcelle de l'Autorité publique, la confiance que ses fonctions inspirent, l'expertise qu'il a acquise, le désignent tout naturellement pour accorder les parties, les concilier et

---

59 André SCHWACHGTEN, « Le notariat au Grand-Duché de Luxembourg », dans *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, vol. 2, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, Journal des Notaires et des Avocats, 1991, p. 443.

60 Jacques DEMBLON, *Le régime du notariat, Répertoire notarial*, t. XI, Droit notariat / Organisation et déontologie du notariat I, Livre V-2, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 190.

61 E. DECKERS, *loc. cit.*, note 3, 218.

62 ANONYME, « 91e Congrès des notaires - "Sécurité et liberté" », (1995) 29 *Droit et patrimoine* 6.

63 L. WEYTS, *loc. cit.*, note 39, 9 et 36.

64 Alain BÉNARD, « La force exécutoire : l'acte authentique comme instrument de déjudiciarisation », dans Nicholas KASIRER et Pierre NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 532.

65 Comme le juge, le notaire est investi directement de l'autorité étatique. Voir A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 134. Voir aussi Gerd H. LANGHEIN, « L'intervention du notaire dans le cadre de la juridiction non contentieuse (volontaire) », dans *XXe Congrès de l'Union internationale du notariat latin*, Carthagène, Rapports officiels, Thème I, Éditions Socapress Perpignan, 1992, p. 12.

les aider à conclure une convention qui, forte de ses conseils, sera porteuse de sécurité et de justice.[66]

2. Comparaisons modernes : l'acte notarié au Québec

Dans son étude sur le notariat en France, Alain Moreau[67] cite Charles Loiseau, avocat au Parlement, qui a publié en 1601 et 1613 les cinq Livres du droit des offices, pour rappeler que le style des contrats utilisés dans plusieurs provinces françaises de l'époque rappelait beaucoup celui employé devant les tribunaux : à titre d'exemple, les contrats dressés par les notaires stipulaient que « les parties sont comparues devant le notaire comme en droit ou en jugement » ou encore « qu'elles sont jugées et condamnées de leur consentement à entretenir ce qui est contenu au contrat ».

Pendant cette période, le notaire jouit donc d'un statut comparable à celui du magistrat. L'on comprend alors pourquoi le concept de « greffe » s'appliquait autant au notaire qu'au tribunal :

> [...] dès 1696, il avait été conféré aux notaires la possibilité de sceller les actes eux-mêmes, et ainsi leur étude était, non seulement un tribunal, mais aussi un Greffe, les parties à l'acte comparaissant par-devant eux comme « en justice et en jugement », pour se soumettre ensuite à l'exécution du contenu de l'acte reçu par eux.[68]

La *Loi de Ventôse* a fait disparaître la plupart de ces traces qui associaient intimement l'acte du notaire au jugement du tribunal... en Europe du moins. Elle a, par contre, laissé presque intacte la comparaison au Québec, de sorte que, même aujourd'hui, l'on peut aisément retrouver ces mêmes points de convergence dans les actes rédigés par les notaires et les décisions des juges. Drôle de revers de situation, tout de même : au Québec, l'absence d'impact de la réforme du notariat français permet de rapprocher encore davantage les deux instruments de justice !

---

66 Léon RAUCENT, « Préface », dans *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, Patrimoine X, vol. 1, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, Journal des Notaires et des Avocats, 1991, nº 3, p. 6. Voir aussi Jean-Luc LEDOUX et Karen BROECKX, « La force exécutoire de l'acte notarié », dans *Le notaire, votre partenaire, aujourd'hui et demain*, Journées notariales 1992, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, 1992, p. 615.

67 A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 54.

68 *Id.*, p. 44 et 45.

a) Comparution des parties

Dans ses conseils sur les techniques de rédaction des actes notariés, Me Alain Roy explique que tout acte notarié débute par un préambule qui, notamment « [...] mentionne la comparution des parties »[69]. C'est ce qui explique que les actes notariés commencent par le paragraphe introductif suivant : « Comparaît devant M^e^... ». Ainsi, de la même manière qu'un citoyen comparaît devant le tribunal dans le cadre de l'administration de la justice contentieuse, il comparaît devant le notaire, dans celui de l'administration de la justice gracieuse.

b) Clôture de l'acte notarié

Tandis que le juge « donne acte », c'est-à-dire qu'il rend jugement, il est admis que le notaire « prend acte ». C'est d'ailleurs pour cette raison que l'acte notarié est clos avec la mention « Dont acte à... ». Comme le rappelle un auteur, cette formule « [...] vise à signaler la fin des conventions et des stipulations juridiques et à établir que le notaire en a pris bonne note »[70]. D'ailleurs, souligne-t-il, cette expression consacrée est exclusivement réservée aux notaires et son utilisation par un avocat rendrait ce dernier coupable d'exercice illégal de la profession de notaire[71], puisque l'article 32 de la *Loi sur le notariat*[72] énonce ce qui suit :

> Pose un acte ou utilise un titre réservé au notaire, selon le cas, toute personne autre qu'un membre de l'Ordre qui, contrairement aux dispositions de la présente loi, notamment :
>
> [...]
>
> 4° agit de manière à laisser croire qu'elle est autorisée à remplir les fonctions de notaire ou à recevoir des actes notariés, notamment en utilisant la signature officielle d'un notaire ou en faisant usage des mots habituellement utilisés par les officiers publics : « Devant M^e^ », « Lecture faite » et « Dont acte ».

---

69 A. ROY, *op. cit.*, note 58, n° 372, p. 181.

70 *Id.*, n° 378, p. 183.

71 *Id.*, p. 181, n° 372, à la note 750.

72 L.R.Q., c. N-3.

Il est d'ailleurs très intéressant de noter que le *Code civil du Québec* conserve encore aujourd'hui des traces évidentes de cette fonction associée à la justice gracieuse dans laquelle il est « donné acte », c'est-à-dire que les volontés des parties sont simplement recueillies. Ce sont les renonciations au partage dans les droits du patrimoine familial (art. 423), au partage des acquêts (art. 469), à une succession (art. 646), ainsi que la rétractation de renonciation (art. 649) et les offres réelles (art. 1575). Dans toutes ces situations, le Code utilise l'expression « par déclaration judiciaire dont il est donné acte ». Pourquoi s'exprime-t-il ainsi ? Loin d'être un hasard, la formulation démontre clairement que le rôle du juge s'apparente ici à celui du magistrat du gracieux. Le rôle du juge dans ces circonstances est en réalité celui du notaire : il ne jouit d'aucune discrétion et n'a aucun pouvoir d'interprétation sur la déclaration – qualifiée de « judiciaire » puisque faite dans le cadre d'un procès – de la partie. Il n'a pas à trancher, à décider ou à interpréter la volonté exprimée par une partie dans le cadre d'un procès : le juge doit simplement en « donner acte », c'est-à-dire recevoir cette manifestation de volonté et le consentement de la partie et les consigner dans le jugement qu'il rendra, de la même manière que le notaire, en inscrivant les traditionnels mots « Dont acte », consigne les volontés et consentements des parties à leur contrat dans un document authentique. En réalité, le *Code civil du Québec* ne fait que permettre qu'un acte normalement réservé aux attributions du notaire puisse être fait par un juge, pour des raisons pratiques, c'est-à-dire éviter la suspension temporaire d'un procès, le temps de faire cette renonciation sous forme notariée et revenir ensuite la soumettre au tribunal.

c) *Greffe du notaire*

Encore aujourd'hui, la *Loi sur le notariat*[73] et ses règlements[74] comportent de nombreuses règles concernant la tenue et la cession des « gref-

---

[73] À titre d'exemples, l'article 10, qui identifie les fonctions du notaire, lui attribue comme responsabilité de conserver ses actes en minutes dans un « greffe » ; voir aussi l'article 14 concernant le registre notarial, lequel identifie le greffe de chaque notaire ou encore les articles 62 et suiv. relatifs à la tenue des greffes des notaires.

[74] Voir, par exemple, le *Règlement sur le Comité d'inspection professionnelle de la Chambre des notaires du Québec*, c. N-3, r. 1 ; le *Règlement sur la comptabilité en fidéicommis des notaires*, c. N-3, r. 1.1 et le *Règlement sur les registres de la Chambre des notaires du Québec*, c. N-3, r. 4, qui ont tous des dispositions spéciales relatives aux greffes des notaires.

fes » des notaires, lesquels constituent le lieu de rattachement des actes du notaire, tout comme le greffe d'un tribunal opère la même fonction à l'égard des jugements rendus.

B. Utilité dans la société : un acte assurant la sécurité dans les relations contractuelles

Cet aspect de l'utilité de l'acte notarié s'inscrit dans ses principales caractéristiques, soit l'authenticité, la pérennité[75] et la conservation, qui, ensemble, contribuent à assurer la sécurité des relations contractuelles ainsi que la paix sociale. En ce sens, l'acte notarié remplit une fonction importante, tant à l'égard des citoyens qu'envers l'État.

Pour Alain Moreau, l'homme a un besoin fondamental d'authenticité[76], besoin qui se traduit, dans le contexte du droit, d'abord par le désir profond d'atteindre un équilibre dans les relations contractuelles[77] entre les membres de la société et ensuite, par celui de pérenniser ces conventions, afin de « [...] détenir indéfiniment l'affirmation de la véracité absolue de l'accord intervenu »[78]. On attribuerait l'importance de l'authenticité dont est pourvu l'acte notarié au fait que cette dernière est indispensable autant pour l'individu que pour l'État. Au premier, elle garantit une véritable liberté contractuelle ; au second, elle offre la sécurité juridique, gage d'une stabilité du régime de droit[79].

L'acte notarié, en raison de son caractère authentique, assure la cohésion de l'ordre social[80]. On a d'ailleurs dit de la fonction sociale du notaire qu'elle faisait de lui le « juriste des liens » entre les personnes, en ce sens

---

75 A. MOREAU, *op. cit.*, note 27, p. 486.

76 *Id.*

77 Michel JONQUET, « Caractéristiques du notariat dans le monde d'aujourd'hui », dans *Le Notariat Profession de tradition et d'avenir*, XVIIe Congrès international du notariat latin, Florence, 1984, p. 195.

78 A. MOREAU, *op. cit.*, note 27, p. 486.

79 Jean-Pierre FERRANDÈS, « Ouverture des rencontres », dans *Modernité de l'authenticité*, Les petites affiches, Les journaux judiciaires associés, 28 juin 1993, n° 77, 1er cahier, p. 1.

80 Selon Baumann, « [l]'intervention du notaire est un apport, dans l'intérêt du bien commun, à la sécurité juridique et à la justice [...] » ; voir W. BAUMANN, *loc. cit.*, note 1, 82.

que le rôle du notaire est de favoriser les contacts entre les citoyens, de faire en sorte que ces derniers « [...] se rencontrent, discutent, négocient, s'entendent et [puissent] compter sur l'engagement réciproque »[81].

Par rapport au droit et à l'administration de la preuve, on a qualifié l'acte notarié d'instrument de preuve préconstituée, pérenne, irréfragable et exécutoire[82]. La doctrine française justifie ce constat en expliquant que l'acte notarié élimine toutes les faiblesses de l'acte sous seing privé, soit le caractère contestable de la signature des parties, l'incertitude de la date, les aléas de la conservation du contrat, les divergences dans l'interprétation des conventions qui y sont stipulées et, enfin, son caractère non exécutoire – sauf avec l'intervention du juge du contentieux[83].

Par l'authenticité qui lui est conférée, l'acte notarié constitue un instrument de preuve incontestable destiné à assurer la sécurité des relations juridiques : « La notion d'authenticité repose sur une nécessité sociale, celle pour les parties d'avoir un moyen de constater une fois pour toutes leurs droits sans être obligées de faire plus tard la preuve de leur preuve. »[84]

Même en admettant que l'acte notarié jouisse d'un statut « inférieur » au jugement – constat sans doute plus facile à faire au Québec en l'absence de la force exécutoire de l'acte notarié –, il n'en demeure pas moins que l'acte notarié remplit une véritable fonction d'instrument de justice, puisqu'il confère la sécurité et la certitude des droits des citoyens qui y ont recours[85]. Les fonctions du notaire consistent notamment à « [...] stabiliser et [...] sécuriser les rapports juridiques de droit privé », a-t-on écrit[86]. Ce

---

81 E. DECKERS, *loc. cit.*, note 3, 218.

82 A. MOREAU, *loc. cit.*, note 5, 4. Voir aussi J. YAIGRE, *op. cit.*, note 40, p. 71.

83 A. MOREAU, *loc. cit.*, note 5, 4.

84 J.-L. MAGNAN, *op. cit.*, note 21, p. 149. Un autre auteur estime, quant à lui, que la fonction du notaire est de « [...] promouvoir la confiance et la certitude dans les relations juridico-privées » ; voir E. G. CERDA, *loc. cit.*, note 40, 41. Au Québec, le professeur Roy, qui semble partager ce point de vue, écrit que l'acte notarié prévient les contestations qui risqueraient de naître en raison des difficultés de faire la preuve des conventions ; voir A. ROY, *op. cit.*, note 58, n° 346, p. 170.

85 Sur cette question, voir notamment Jacques BEAULNE, « Problématiques spécifiques afférentes à la force exécutoire de l'acte notarié », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 64, p. 489-492.

86 E. G. CERDA, *loc. cit.*, note 40, 27.

n'est donc pas sans raison qu'il se mérite encore aujourd'hui la confiance de la population et de la justice. En ce sens, le notariat dans une politique globale de prévention des conflits a toujours un rôle non négligeable à jouer : « La sécurité des transactions est sûrement la finalité principale, car elle donne confiance aux personnes et prévient les procès en déchargeant le travail des Tribunaux dans une situation d'embouteillage [...] L'acte notarié évite et substitue le Tribunal [...]. »[87]

En Europe, l'acte du notaire constitue toujours, en 2007, une garantie de la marche harmonieuse du domaine consensuel, de la même manière que le tribunal l'est pour le domaine conflictuel. Il n'est pas étonnant que l'acte du notaire européen soit considéré comme un élément actif de l'administration de la justice, au même titre que le jugement du tribunal. Au Québec, la place de l'acte notarié dans l'échiquier judiciaire diffère sensiblement, notamment en raison de sa sous-utilisation par l'État.

Ailleurs dans le monde, il semble pourtant que l'on ait bien compris comment l'acte notarié « [...] assure la liberté, la conscience, la légitimité et la justice de son contenu en même temps que la réalité même des faits documentés »[88], notamment en raison de sa force probante, et que sa conservation garantit « [...] sa permanence et intégrité et la pérennité sans limites »[89]. En raison de sa perspective non litigieuse et de ses objectifs qui tendent à l'harmonisation des relations et au rapprochement des citoyens, l'acte notarié remplit une fonction de prévention. Prévention de conflits, mais aussi élimination des tracas, des appréhensions et des frais de procès qui en sont les conséquences inévitables. C'est ce constat qui a amené certains auteurs à conclure que l'acte notarié constituait une garantie de qualité et de sécurité à coût moindre[90].

Mais au-delà des purs aspects théoriques et des comparaisons structurelles entre l'acte notarié et le jugement, qui peuvent conduire à considérer que le premier est un instrument bien « secondaire » de justice, certains ont confronté leur efficacité en fonction de différents critères, dont

87 Miguel A. SEGURA ZURBANO, « Le notariat espagnol » , dans *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, *op. cit.*, note 59, p. 426.

88 E. G. CERDA, *loc. cit.*, note 40, 43.

89 *Id.*

90 *Id.*, 27.

l'aspect économique[91], temporel et pragmatique. Or, de ce point de vue, il ne ferait aucun doute que l'acte notarié est « supérieur » au processus judiciaire traditionnel :

> La justice classique effraye par sa lenteur, son coût, sa complexité, son formalisme et son inefficacité [...]
>
> Ainsi, le procès traditionnel, lorsque la procédure tend à l'emporter sur le fond, est dans certains cas un mode inutilement dispendieux et dépassé de règlement des conflits, tout spécialement lorsqu'il est apprécié à l'aune de l'analyse économique de la justice.[92]

C. Utilité pour l'État de droit : un acte garant de la démocratie

L'authenticité rattachée à l'acte notarié constitue un facteur de sécurité indispensable à la stabilité politique en ce qu'elle assure la preuve dans les relations contractuelles. Son rôle à cet égard est de dispenser une preuve qui ne peut être contestée afin d'éviter la précarité des conventions[93].

Plusieurs auteurs ont soulevé l'important rôle du notariat dans l'instauration de la démocratie sur la terre. Quel est ce rôle ? C'est d'abord sur le plan économique que l'acte notarié contribue à la stabilité des nouvelles démocraties. Parce que le notaire apporte ordre, structure et confiance dans les relations qui s'établissent entre les individus et vis-à-vis l'État, la croissance économique devient possible. Le notaire sert également d'instrument d'équilibre et d'équité, afin d'assurer que « [...] la liberté de l'un n'étouffe pas la liberté de l'autre »[94]. Et comme l'a si élégamment écrit un ancien président de la Fédération royale des notaires de Belgique, « [l]es notaires n'ont pas le monopole de l'esprit d'équilibre et d'équité, mais ils en ont l'obligation »[95]. Cet important élément d'équité et d'équilibre des parties est partout dans la littérature juridique, où l'on signale souvent que

---

91 Pour un aperçu de certaines données financières sur la rentabilité économique de l'acte notarié, voir J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 85, 492-495.

92 Georges DE LEVAL, « L'inversion du contentieux », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *op. cit.*, note 64, p. 435.

93 A. MOREAU, *loc. cit.*, note 5, 4.

94 E. DECKERS, *loc. cit.*, note 3, 221.

95 *Id.*, 222.

les devoirs du notaire l'obligent à protéger le plus faible du plus fort, le petit du gros, le novice du plus expérimenté[96].

Rien d'étonnant, donc, que le notariat soit si présent dans l'émergence des nouvelles démocraties, notamment en Europe : « [...] l'adoption par la plupart des nouvelles démocraties de l'Est d'un notariat indépendant et responsable, gardien de la propriété privée et perçu comme pièce indispensable d'un État de droit »[97].

Dans une étude publiée en 1998, un auteur signalait l'un des volets du projet *Thémis*, créé en 1993 et destiné à assister les pays d'Europe centrale et orientale à mettre sur pied leurs réformes judiciaires. On avait assigné à ce volet, intitulé « Le notaire comme garant de la sécurité juridique dans une société démocratique », les objectifs suivants :

> [...] développer et consolider la profession de notaire qui contribue à protéger l'individu dans ses relations familiales et patrimoniales, ainsi qu'à assurer la sécurité juridique nécessaire au fonctionnement harmonieux d'une société démocratique et au développement de l'économie de marché.[98]

Ce projet a reçu l'appui du Conseil de l'Europe, pour qui « [...] le notariat libre est une institution clé de la société démocratique »[99]. Et que dire des efforts de la Chambre des notaires du Québec qui, par le développement de ses programmes de coopération internationale dans les pays en

---

96 L. WEYTS, *loc. cit.*, note 39, 43. Voir aussi Edmond GRESSER, « La conception du rôle du notaire dans les nouveaux pays de l'Europe de l'Est », dans *La fonction notariale en Europe / Septièmes rencontres notariat-université*, Les Petites affiches / La Loi, 20 avril 1998, nº 47, p. 16, qui rapporte l'image du notariat telle que véhiculée par le Conseil de l'Europe, à savoir : « Le notaire [...] a pour mission de protéger la liberté des consentements et en vertu du principe d'équité, protège le faible par rapport au fort, celui qui ne sait pas par rapport à celui qui sait. »

97 Jean-Pierre FERRANDÈS, « Ouverture des rencontres » , dans *La fonction notariale en Europe / Septièmes rencontres notariat-université*, Les Petites affiches / La Loi, 20 avril 1998, nº 47, p. 3.

98 E. GRESSER, *loc. cit*., note 96, 14.

99 *Id*., 16. L'étude fait état de quinze pays de l'Europe de l'Est qui, entre 1991 et 1997, ont adopté une législation notariale ; on y trouve notamment la Pologne (1991), la Slovaquie (1992), la Slovénie (1994), la Roumanie (1995), la Bulgarie (1996) et la Moldavie (1997).

voie de démocratisation – on peut penser notamment à l'Ukraine, la Roumanie ou encore la Chine –, contribue à l'essor de la fonction notariale et favorise l'utilisation de l'acte notarié comme instrument de justice. Encore récemment, Johanne Delage, directrice de la coopération internationale, écrivait :

> La Chambre des notaires du Québec est présente sur la scène internationale depuis plusieurs années déjà. Depuis 1997, la Direction de la coopération internationale de la Chambre a en effet réalisé des projets en collaboration avec quelques pays dont l'Ukraine, l'Azerbaïdjan, la Roumanie et la Chine. Tous ces projets ont permis de faire rayonner le notariat québécois et contribué au développement de la profession notariale québécoise au plan international.
>
> En effet, certains pays ont des besoins criants. Appuyer les réformes de la profession notariale permet un meilleur accès aux services notariaux pour la population et une protection accrue des droits de la personne, de l'état (sic) de droit, de la démocratie et de la bonne gouvernance. Pour les notaires, voilà une belle et noble façon de participer activement à la promotion de la paix et à la réduction de la pauvreté.[100]

En France enfin, le notariat a également mis sur pied un plan pour créer, notamment en Asie, un notariat sur le modèle du notariat latin afin de faire la promotion du droit latin et de démontrer les avantages de ce système – dont les fondements sont la sécurité juridique et le désir d'éviter le contentieux à répétition – par rapport au régime anglo-saxon, fondé sur la coutume et la jurisprudence et qui se manifeste par l'expression de la loi du plus fort, du plus puissant et du plus malin[101]. On compte également faire la promotion de l'acte notarié, en rappelant que son objectif est la sécurité juridique ou, comme on l'a qualifié, le « risque zéro » ainsi que sur les autres bénéfices qui découlent de son utilisation, soit la transparence et l'harmonie sociale[102]. La démarche pratique du notariat rejoint ainsi la

---

100 Johanne DELAGE, « De beaux projets sur la table à dessin ! », (2006) 15:6 *Entracte* 2.

101 Jean-Paul DECORPS, « Jean-Paul Decorps, le bilan », (2000) 86 *Droit et patrimoine* 8.

102 *Id.*, 8 et 9.

position de la doctrine, pour qui l'acte notarié était source de droit et de liberté individuelle contrebalancée et équilibrée, facteur de paix entre les parties et garantie de paix sociale pour l'État, puisque la stabilité des relations contractuelles est gage de la cohérence de l'ordre social[103].

III. Regard prospectif sur l'acte notarié

On a parfois avancé que la mission d'authentification qui a été confiée aux notaires par la *Loi de Ventôse* avait eu deux effets pervers. En premier lieu, elle aurait favorisé la prise d'une attitude passive du notariat en raison, précisément, de son monopole de l'authenticité, le notaire étant « [...] avant tout tributaire de la demande de services juridiques »[104]. En second lieu, l'authenticité aurait été considérée comme la finalité de la mission du notaire ; celui-ci aurait, en conséquence, eu tendance à limiter son activité aux domaines du Code civil, plus ou moins le seul où l'authenticité a conservé, encore aujourd'hui, une certaine importance[105].

Pourtant, si l'on porte son regard vers l'avenir, l'on est à même de constater que, depuis déjà au moins une quinzaine d'années, le notariat a fait des efforts considérables pour mettre en évidence son rôle primordial au sein de la société et pour revitaliser – certains diront dépoussiérer – l'acte notarié. À notre humble avis, les résultats sont encourageants et tendent à démontrer que l'acte notarié apporte véritablement une plus-value à la justice. C'est ce que nous nous proposons d'illustrer, d'abord en examinant l'acte notarié comme composante du système de droit civil (A), puis en explorant ensuite son avenir (B).

A. L'acte notarié, composante essentielle du système de droit civil

On a parfois reproché à l'acte notarié son formalisme « excessif ». On admettra qu'effectivement, les prescriptions pour la réception d'un acte notarié, telles qu'établies par la *Loi sur le notariat* du Québec sont plutôt

---

103 A. MOREAU, *loc. cit.*, note 5, 4 et 11.

104 J.-L. MAGNAN, *op. cit.*, note 21, p. 153.

105 *Id.*

lourdes, puisque, en sus des pures règles relatives à la présentation matérielle, l'acte doit obligatoirement :

1º être reçu en présence du notaire ;

2º indiquer la date et le lieu de sa réception, de même que divers renseignements relatifs aux parties et aux témoins ;

3º être lu aux parties, qui ne peuvent en dispenser le notaire, sauf de rares exceptions et mention de cette lecture est obligatoire à l'acte même ;

4º être signé par les parties en présence du notaire.

En réponse à ces critiques, des voix se sont portées à la défense de cet aspect de l'acte notarié, notamment pour en démontrer l'importance et l'utilité à travers ce que l'on a appelé les « garanties » de l'acte notarié que sont la protection de la « non-contamination » du consentement, la régularité et la sécurité.

Par exemple, on a souligné que le ralentissement imposé par le formalisme de l'acte notarié et la présence de l'officier public devraient plutôt être considérés comme des mesures de protection des parties contre leur empressement à conclure et contre les pressions que pourrait exercer l'autre partie à la convention. En même temps, on a rappelé que l'acte notarié représentait une garantie de régularité, car sa rédaction, exempte de défectuosités ou d'inexactitudes, reflète fidèlement la véritable intention des parties. Enfin, a-t-on souligné, l'acte notarié, en éliminant les risques de sa perte, de son altération ou de sa destruction, est une garantie de sécurité. De ces avantages, on a tiré la conclusion que le rôle du formalisme en était donc un à la fois de prévention et de protection[106].

Le notaire Léon Raucent, longtemps professeur à l'Université catholique de Louvain et directeur de la licence en notariat à cette même institution, avait d'ailleurs proposé une analyse systémique de l'acte notarié, en lui reconnaissant trois attributs importants de justice. Premièrement, l'acte notarié serait un acte valable, c'est-à-dire conforme au droit, rendant son existence certaine. Deuxièmement, il serait efficace, en ce sens qu'il produit les effets anticipés par les parties ; cette qualité serait atteinte par l'accomplissement des principaux devoirs du notaire, à savoir l'obligation

---

106 J. YAIGRE, *op. cit.*, note 40, p. 8. Selon cet auteur, la présence du notaire donne aux parties la garantie que la convention signée est conforme à la loi et que les obligations qui y sont stipulées pourront être exécutées (p. 143). Voir aussi M. JONQUET, *loc. cit.*, note 77, 194 et 195.

de ce dernier d'exercer son devoir de conseil à l'égard des parties en leur expliquant le sens, le contenu et la portée de leur convention. Enfin, l'acte notarié serait juste, parce que porteur d'une justice contractuelle qui ne résulte pas d'un rapport de force entre la partie la plus forte et la partie la plus faible[107]. Pour appuyer cette analyse, l'auteur rappelait que la *Loi de Ventôse* avait accordé à l'acte notarié quatre éléments distinctifs[108]. D'abord la fiabilité, puisque en raison de son caractère authentique, l'acte notarié fait pleinement foi de certains faits dont le notaire a mission de constater. Ensuite, sa force probante, au moyen de laquelle la fiabilité ne peut être attaquée que par la voie du faux. La force exécutoire conférée à l'acte notarié fait également en sorte que les obligations des conventions notariées peuvent être exécutées sans qu'il soit nécessaire d'obtenir un jugement. Enfin, par les mesures instaurées pour assurer sa conservation, le notaire est chargé de la garde de ses actes et de l'émission de copies.

Dans la même ligne de pensée, le président de la Fédération royale des notaires de Belgique, Me Eric Deckers écrivait :

> Les inconditionnels de la liberté de choix et de la liberté économique à tout prix objectent parfois que les formes et les formalités sont autant d'entraves à la liberté et à la croissance. C'est faux. [...] Et il convient de souligner que la justice préventive n'instaure pas de formalisme bureaucratique ; au contraire : elle se réfère à un conseiller indépendant et choisi librement qui conseille et éclaire et qui libère la volonté des entraves de l'ignorance et des influences ; l'accomplissement de formalités prescrites pour informer et pour confirmer contribue à la sécurité de 1'acte juridique et le libère des risques de l'arbitraire et des sautes d'humeur [...]. L'institution notariale fournit dès lors une base solide, mieux : un tremplin pour le dynamisme de l'initiative privée, et il la protège contre les risques des contestations et des litiges qui finiraient par l'étouffer.[109]

Il est vrai que d'autres ont adopté une position plus conciliante face aux critiques adressées à l'égard du formalisme de l'acte notarié[110]. Ceux-

---

107 L. RAUCENT, *op. cit.*, note 31, p. 20-22.

108 *Id.*, p. 41 et 42. D'autres considèrent que l'acte notarié tire sa valeur de trois éléments seulement, soit la force probante, la force exécutoire et son potentiel de conservation ; voir A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 128 et 129.

109 E. DECKERS, *loc. cit.*, note 3, 221.

110 J.-L. MAGNAN, *op. cit.*, note 21, p. 151 et 152.

ci ont, par exemple, concédé que l'acte notarié n'était pas toujours adapté à l'activité économique moderne, qui se caractérise notamment par un désir de rapidité. Ils ont aussi remarqué que les domaines dans lesquels œuvrait traditionnellement l'acte notarié s'étaient considérablement rétrécis depuis le Code civil de 1804, au profit des actes sous seing privé. On peut d'ailleurs illustrer ce constat très facilement en signalant la diminution effective de l'acte notarié dans le domaine du crédit au Québec. L'on se rappellera en effet que le *Code civil du Bas Canada* avait toujours manifesté des préjugés négatifs à l'égard des biens meubles – *res mobilis, res vilis* – et qu'il considérait que la richesse provenait essentiellement des biens immeubles. Aussi la plupart des actes qui concernaient un immeuble – surtout dans un contexte purement économique – requéraient-ils la forme notariée. L'hypothèque immobilière en est évidemment l'exemple le plus frappant et c'est ce qui explique principalement le fait que l'ancien Code exigeait la forme notariée pour l'hypothèque immobilière mais non pour l'hypothèque mobilière. Mais cette justification n'est plus valable aujourd'hui, les fortunes étant tout aussi bien constituées de meubles que d'immeubles et l'on doit souvent défendre le bien-fondé de l'acte notarié dans le cas de l'hypothèque immobilière. Puisque des sommes colossales peuvent aujourd'hui faire l'objet de contrats d'hypothèque mobilière sous seing privé et échapper ainsi au domaine de l'acte notarié, pourquoi encore exiger qu'une hypothèque immobilière garantissant une dette de quelques milliers de dollars soit reçue devant notaire ? Et si l'on posait la question contraire : pourquoi ne pas exiger la forme notariée de tout engagement ayant des enjeux économiques importants ? De fait, cette critique contre l'acte notarié a comme seul motif la rapidité du monde des affaires, critique qui a reçu un certain écho, alors que certains ont invité l'acte notarié, dans certaines circonstances, à « [...] abandonner son formalisme pour acquérir une célérité plus grande dans les transactions tout en conservant la sécurité qu'il donne »[111]. Selon un auteur, il serait possible de diminuer le formalisme de l'acte notarié sans pour autant compromettre la stabilité sociale des relations contractuelles[112].

Mais le formalisme et le rôle de l'acte notarié s'expliquent aussi – et peut-être même principalement – en raison de son indissociable relation avec les fondements même du système de droit civil et de codification du droit. Diverses études ont proposé une comparaison entre le système civi-

111 *Id.*, p. 152.

112 *Id.*

liste européen et le modèle anglo-saxon – surtout américain – de la justice. L'une d'entre elles constate notamment que le premier modèle – auquel correspond le notariat – privilégie les relations et le dialogue, dans une perspective d'investissement et de vision à long terme. Au contraire, le système américain met l'emphase sur la compétition, le marché, la finance, le risque et une vision à court terme. Ces constats ont faire dire à l'auteur que le système de justice américain actuel dérivait, notamment en raison de l'explosion jurisprudentielle et qu'à la longue, il se révélerait mortel par son coût et sa propension à décourager les initiatives[113].

Cette analyse comparative des approches systémiques du droit civil et de la common law a mené un autre auteur[114] à poser la question suivante : quelle est la différence de conceptualisation entre l'acte sous seing privé de la common law et l'acte notarié du système de droit civil ? Pour lui, le premier privilégie la rapidité et l'efficacité – non pas une efficacité « de résultat », mais plutôt une efficacité de processus ; ce n'est pas tant l'atteinte de l'objectif qui compte plutôt que l'efficience du processus. En cas de problème, la rectification a lieu *a posteriori* et passe nécessairement par le recours au tribunal. À l'inverse, l'acte notarié est plus lent, mais plus sûr, car sa qualité est assurée *a priori*, c'est-à-dire au moment même de sa confection ; il n'y a donc théoriquement aucune nécessité de recourir à un rectificatif postérieur. C'est pourquoi la question a souvent été posée, à l'égard du choix des deux actes : préfère-t-on favoriser la rapidité ou la sécurité ?[115] Les exemples pratiques illustrant ce dilemme ne manquent certes pas au

113 E. DECKERS, *loc. cit.*, note 3, 221. Pour une autre critique des coûts du service juridique aux États-Unis, voir également Jean-Marc POISSON, « Modernité de l'authenticité : prospective », dans *Modernité de l'authenticité / Deuxièmes rencontres notariat-université*, 26 octobre 1992, Les Petites affiches, nº 77, 28 juin 1993, p. 24 et 25.

114 A. MOREAU, *op. cit.*, note 27, p. 489 et 490.

115 *Id.*, p. 489. L'auteur critique cependant cette question, en arguant qu'il n'est pas exact de dire que l'acte notarié est « lent ». En effet, souligne-t-il, l'authenticité est instantanée et est constituée dès la signature des parties et du notaire. Il attribue plutôt cette lenteur aux « entraves administratives » qui sont, selon lui, les véritables sources de la lenteur dont on affuble l'acte notarié (p. 490). Sur cette même question de l'instantanéité, voir aussi A. MOREAU, *loc. cit.*, note 5, 11 ; ce même auteur soutient que l'authenticité existe précisément pour éliminer les déficiences de l'acte sous seing privé, dont les principales lacunes sont le fait que les signatures des parties soient facilement contestables, que la date soit incertaine, que les obligations stipulées soient non exécutoires sans l'intervention du tribunal et que la conservation de l'acte soit aléatoire (p. 4.).

Québec. Pour s'en convaincre, on peut citer la garantie des titres immobiliers, dont les paramètres varient considérablement selon que l'on adopte le point de vue du droit civil – et du notaire – ou celui de la common law. Dans le premier cas, la garantie de la qualité des titres résulte du travail du notaire préalablement à la conclusion de la vente – l'examen des titres – lequel, au moment de la conclusion de cette dernière, viendra garantir la validité de la chaîne des titres ; dans la perspective de la common law, la vente a lieu immédiatement – donc, prévalence de la rapidité – sans aucune vérification de la qualité du titre, cette question étant « réglée » au moyen d'une assurance-titres qui viendra – on l'espère bien, en tout cas – corriger tout vice de titre qui pourrait être décelé à l'avenir. Cet exemple traduit bien, il nous semble, le monde qui sépare la vision civiliste et notariale – droit préventif – de la vision anglo-saxonne et contentieuse – droit remédiatif.

De fait, notariat et système de droit romano-germanique sont à ce point liés que certains ont exprimé l'opinion que le droit civil – axé sur la prévention – ne pourrait fonctionner adéquatement sans le notaire[116].

B. L'avenir du notaire et de l'acte notarié

Que devrait faire le notariat pour assurer, non seulement sa propre survie, mais également celle de ses actes ? Dès 1989, André Moreau préconisait la prise de différentes mesures, dont les suivantes[117] :

1º maintenir, accroître et diversifier le savoir de ses membres ;

2º concevoir et promouvoir son développement, afin de l'adapter à l'évolution – de plus en plus rapide – de la société et aux modifications des concepts ;

3º « [...] tout en maintenant fermement l'immutabilité du principe de l'authenticité, en adopter l'évolution technique et les modalités d'application pour répondre à l'avancée technologique ayant influencé les modes relationnels, en innovant des processus originaux et inédits d'utilisation dans le temps et dans l'espace »[118].

---

116 A. MOREAU, *op. cit.*, note 11, p. 89.

117 A. MOREAU, *op. cit.*, note 27, p. 492 et 493.

118 *Id.*, p. 493.

4º « [...] faire reconnaître par les adeptes du système de droit différent la méconnaissant, la qualité exceptionnelle de « l'outil » que constitue l'acte notarié et la supériorité intrinsèque que présente aux plans juridique, économique et, avant tout, humain, la méthode préventive, arbitrée qu'est l'authentification notariale »[119].

Presque vingt ans plus tard, l'on est en mesure de constater que plusieurs de ces suggestions ont été retenues, autant en Europe qu'au Québec. La troisième mesure préconisée par Alain Moreau a été particulièrement mise à profit par divers notariats. En France, par exemple, l'article 1317 du Code civil a été modifié par la loi du 13 mars 2000[120] et est venu ainsi assurer la reconnaissance de l'acte authentique électronique :

> L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises.
>
> Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État.

Cette évolution de l'acte notarié vers un support électronique a fait l'objet de plusieurs commentaires et analyses par les juristes français[121]. L'un d'eux, tout en signalant certains des nouveaux problèmes et défis que soulève l'entrée de l'acte notarié dans les nouvelles technologies – notamment la conservation des actes dématérialisés – n'en demeure pas moins confiant, constatant, en guise de conclusion à son étude «[...] que le notariat s'approprie les nouvelles technologies sans perdre son âme, c'est-à-dire

119 *Id.*, p. 494.

120 Article 1317 (*Loi nº 2000-230 du 13 mars 2000*, J.O. 14 mars 2000, art. 1 et 2). Voir J.-P. DECORPS, *loc. cit.*, note 101, 6.

121 Voir notamment le numéro spécial de la *Revue du notariat* consacré à l'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques, dans lequel deux études sont spécifiquement consacrées à l'étude de la loi française, soit : Isabelle DE LAMBERTERIE, « L'établissement et la conservation des actes authentiques électroniques en droit français », (2004-2005) 106 *R. du N.* 379-414 et Jérôme SALANSON, « Technologies nouvelles et prospectives notariales françaises », (2004-2005) 106 *R. du N.* 415-451. Voir aussi Arnaud RAYNOUARD, « Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique », *Rép. Defrénois*. 2003, nº 18/03, 1117-1138, qui semble toutefois considérer que l'ajout risque de faire vaciller certains des fondements de l'authenticité.

sans perdre de vue le **rôle éminent qui lui est assigné en qualité de gardien d'une certaine forme de paix publique** »[122].

Au même moment, le notariat européen travaillait sur la reconnaissance d'un « [...] acte authentique européen qui pourrait circuler et être exécuté sans formalités excessives sur tout le territoire des pays de l'Union »[123].

Au Québec, il faut aussi se rappeler que plusieurs mesures ont été mises de l'avant pour faire valoir les avantages de la profession, dont la signature numérique des notaires[124] et une exploitation maximale des registres informatisés des testaments, des mandats d'inaptitude et des dons d'organes de la Chambre des notaires. Par ailleurs, on a profité de l'importante refonte de la *Loi sur le notariat* pour introduire des dispositions précises ouvrant grande la porte à l'acte notarié électronique, comme le signale le notaire Roy :

> Si le papier est demeuré au centre de la profession pendant plus de 150 ans, il en sera autrement à l'avenir. L'acte notarié pourra désormais être dématérialisé. Il s'agit là d'un changement qui permettra aux notaires de prendre définitivement le virage des nouvelles technologies de l'information.[125]

Toutefois, comme un auteur l'a souligné, cette réforme législative demeure pour l'instant incomplète, la réglementation précisant les paramètres et l'encadrement de l'acte notarié électronique n'ayant pas encore été adoptée[126].

---

122 J. SALANSON, *loc. cit.*, note 121, 449 [en gras dans le texte].

123 J.-P. DECORPS, *loc. cit.*, note 101, 8.

124 À titre d'exemple, voir Alain ROY, « La nouvelle *Loi sur le notariat* : un virage décisif vers l'avenir », (2001) 1 *C.P. du N.* 53, 68 et suiv.

125 *Id*. Plusieurs dispositions de la nouvelle loi, sanctionnée le 5 décembre 2000, ont incorporé des règles pour régir la confection et la réception des actes notariés sur support électronique. Signalons, à titre d'exemples, les articles 22 (signature du notaire), 35 (réception de l'acte notarié en minute), 39 (réception de l'acte notarié en brevet) et 50 (signature des parties).

126 L. DUCHARME, *op. cit.*, note 57, n° 255, p. 103 et 104. Le notaire Roy estime d'ailleurs qu'il serait nécessaire que les conditions réglementaires de l'acte notarié sur support électronique soient « très contraignantes », rejoignant ainsi l'opinion de certains auteurs français (A. RAYNOUARD, *loc. cit.*, note 121, 1117-1138). Voir A. ROY, *loc. cit.*, note 124, 70.

CONCLUSION

À la fin des années 1980, Alain Moreau mettait le notariat en garde, lui rappelant que quiconque ne s'adaptait pas aux progrès matériels des normes d'utilisation était impitoyablement condamné au rejet[127]. Manifestement, le message a été transmis, compris et produit des effets concrets. En effet, les efforts déployés et les initiatives entreprises depuis par plusieurs organisations notariales depuis ce temps à travers le monde sont une démonstration éloquente du dynamisme de la profession. Ils témoignent en même temps de la capacité d'adaptation du notaire et de l'acte notarié face aux nombreux défis de la société moderne, dont ceux résultant des nouvelles technologies, de l'informatisation et de la mondialisation des relations contractuelles.

Certes, en dépit de ce dynamisme du notariat, les obstacles demeurent nombreux : on signale premièrement la complexification des règles de droit, non seulement à l'intérieur des limites d'un même pays, mais également celles qui naissent des relations croissantes entre États. On peut, bien évidemment, illustrer ce phénomène par la mondialisation des relations contractuelles, ou encore par la rencontre des divers domaines ou systèmes de droit, où la tradition du notaire et de l'acte notarié est loin d'être solidement ancrée. De même, la superposition de législations et de réglementations provenant d'organismes supranationaux – Organisation des Nations unies, Union européenne, pour ne nommer que ceux-là – ou issus d'ententes de même nature – ALÉNA ou Accord sur le commerce intérieur au Canada – vient davantage isoler l'institution notariale. Deuxièmement, la modification rapide des concepts n'est pas sans conséquence sur l'acte notarié ; que ce soit en droit de la propriété ou en droit de la famille, la remise en question de plusieurs des fondements du droit civil a des répercussions importantes sur les règles d'établissement des contrats et fragilise le notariat, traditionnellement très près de ces institutions[128].

En 1989, l'Union internationale des magistrats adoptait, à l'unanimité, une résolution par laquelle elle affirmait qu'il « [...] est souhaitable

---

127 A. MOREAU, *op. cit.*, note 27, p. 492 et 493.

128 *Id.*, p. 491 et 492.

que la fonction de notaire soit consolidée et que le recours au travail du notaire dans l'administration de la justice soit reconnu et encouragé »[129].

Il ne reste plus qu'à souhaiter que l'avenir de l'acte notarié soit à l'image de ses fonctions : authentique, stable, certain et pérenne. S'il a su traverser des siècles d'histoire, parsemés de tempêtes et de vents contraires, c'est que son utilité juridique, sociale, économique et étatique ne peut plus être mise en doute. Espérons seulement que les législateurs – particulièrement celui du Québec – auront la sagesse de reconnaître la valeur des services qu'il a rendus et voient le potentiel qu'il a de poursuivre sa tradition d'excellence au service de la justice.

BIBLIOGRAPHIE

Articles de revues

ANONYME, « 91e Congrès des notaires - “Sécurité et liberté” », *Droit et patrimoine*, numéro 29, juillet/août 1995, p. 6-9.

BEAULNE, Jacques, « La force exécutoire de l'acte notarié », (1996) 2 *C.P. du N.* 1-15.

BEAULNE, Jacques, « La force exécutoire de l'acte notarié : le modèle de la Belgique et ses possibilités d'implantation au Québec », (1991-92) 94 *R. du N.* 296-335.

BÉGHAIN, Jacques, « L'intérêt de l'authenticité dans les relations commerciales », *Droit et patrimoine*, Juin 1996, no 39, p. 20.

BROSSEAU, Denise, « Commerce électronique et pratique notariale », (2004-2005) 106 *R. du N.* 557-580.

DECKERS, Eric, « Le notaire, jardinier de la démocratie », (1995) *Revue du notariat belge* 215-222

DECORPS, Jean-Paul, « Jean-Paul Decorps, le bilan », (2000) *Droit et patrimoine*, no 86, 6-9

DELAGE, Johanne, « De beaux projets sur la table à dessin ! », *Entracte*, 15 juin 2006, vol. 15, no 6, p. 2.

---

129 W. BAUMANN, *loc. cit.*, note 1, 17 ; il s'agit de la résolution de la IIe Commission de l'Union internationale des Magistrats, Congrès de Macao, 23-27 octobre 1989.

DEPONDT, Axel, « Quel avenir pour le notariat ? », *Droit et patrimoine / Le journal des notaires et des avocats*, Décembre 1996, n° 44, p. 16-21

FABIEN, Claude, « L'impact des technologies de l'information sur le système de preuve du droit civil québécois », (2004-2005) 106 *R. du N.* 493-511.

FERRANDÈS Jean-Pierre, *Ouverture des rencontres*, dans *Modernité de l'authenticité*, Les petites affiches, Les journaux judiciaires associés, 28 juin 1993, n° 77, 1er cahier, p. 1.

FRENETTE, François, « La fonction créatrice de droit du notaire québécois mesurée à l'aune de son activité principale », (2001-2002) 103 *R. du N.* 213-252.

LAMBERTERIE de, Isabelle, « L'établissement et la conservation des actes authentiques électroniques en droit français », (2004-2005) 106 *R. du N.* 379-414.

LEDOUX, Jean-François et STERCKX, Daniel, « La réforme du notariat et des actes notariés », *Journal des tribunaux*, 11 mars 2000, n° 5961, 209-225

MALAVET, Pedro A., « The Latin Notary, A Historical and Comparative Model », (1996) 19 *Hastings International and Comparative Law Review* 389-488

MOREAU Alain, *L'histoire de l'authenticité*, dans *Modernité de l'authenticité*, Les petites affiches, Les journaux judiciaires associés, 28 juin 1993, n° 77, 1° cahier, p. 4-11.

OLIVIER Jean-Michel, *L'authenticité en droit positif français*, dans *Modernité de l'authenticité*, Les petites affiches, Les journaux judiciaires associés, 28 juin 1993, n° 77, 1° cahier, p. 12-21.

PEPIN, Pierre, « Circulation du document notarié et ses effets comme acate qui légitime dans le domaine juridique », (2001-2002) 103 *R. du N.* 253-327.

ROY, Alain, « La nouvelle *Loi sur le notariat* : un virage décisif vers l'avenir », (2001) 1 *C.P. du N.* 53-91.

SALANSON, Jérôme, « Technologies nouvelles et prospectives notariales françaises », (2004-2005) 106 *R. du N.* 415-451.

SCHWACHTGEN André, TITRE, dans *Modernité de l'authenticité*, Les petites affiches, Les journaux judiciaires associés, 28 juin 1993, nº 77, 1º cahier, p.

SOURIOUX, Jean-Louis, TITRE, dans *Modernité de l'authenticité*, Les petites affiches, Les journaux judiciaires associés, 28 juin 1993, nº 77, 1º cahier, p.

Congrès

ALLARD, Patrick et JULIEN ST-AMAND, Pascal, « Les potentialités du statut / Troisième commission », dans *26ième congrès du Mouvement Jeune Notariat / "Le Statut de la Liberté"*, Québec 1995, p. 119-181.

BAUMANN, Wolfgang, *Le notariat allemand Fonctions publiques et sociales*, dans *Rapports de la Délégation Allemande*, XXIe Congrès International du notariat latin, Berlin, 28 mai-3 juin 1995, Berlin, Bundesnotarkammer, 1995, p. 3-107.

BEAULNE, Jacques, *Le notariat québécois*, dans *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, Academia/Bruylant/Journal des Avocats et des notaires, Louvain-la-Neuve, 1991, Premier volume, 271-303.

CERDA, Emilio Garrido, *Fonctions publiques et sociales du notariat*, dans *Résumés des rapports présentés par le Notariat Espagñol* (sic), XXIe Congrès International du notariat latin, Berlin, 28 mai-3 juin 1995, p. 5-43.

DELORME, Jacques et BRAC de la PERRIÈRE, Damien, « Authenticité et liberté / Deuxième commission », dans *26ième congrès du Mouvement Jeune Notariat / "Le Statut de la Liberté"*, Québec 1995, p. 69-117.

FERRANDÈS Jean-Pierre, *Ouverture des rencontres*, dans *La fonction notariale en Europe*, Septièmes « Rencontres notariat-université », Petites affiches, La Loi, 20 avril 1998, Numéro spécial, No 47, p. 3-4.

GONZALEZ, Francisco S. Arias (coord.), *La fonction publique et sociale du notariat*, XXIe Congrès International du notariat latin, Berlin, 28 mai-3 juin 1995, p. 5-29.

GRESSER, Edmond, *La conception du rôle du notaire dans les nouveaux pays de l'Europe de l'Est*, dans *La fonction notariale en Europe*, Septièmes « Rencontres notariat-université », Petites affiches, La Loi, 20 avril 1998, Numéro spécial, nº 47, p. 13-16.

JONQUET, Michel, *Caractéristiques du notariat dans le monde d'aujourd'hui* dans *Le Notariat Profession de tradition et d'avenir*, XVII[e] Congrès International du Notariat Latin, Florence 30 septembre-6 octobre 1984, p. 165-234.

KAEUFLING, Gérard, *Fonctions publiques et sociales du notariat*, dans *Rapports officiels du notariat français*, XXI[e] Congrès International du notariat latin, Berlin, 28 mai-3 juin 1995, p. 13-109.

LANGHEIN, Gerd H., *L'intervention du notaire dans le cadre de la juridiction non contentieuse (volontaire)*, dans *XX[e] Congrès de l'Union Internationale du notariat latin*, Carthagène, Rapports officiels, Thème I, Éditions Socapress Perpignan, 7-29.

LEDOUX, Jean-Luc et BROECKX, Karen, *La force exécutoire de l'acte notarié*, dans *Le notaire, votre partenaire, aujourd'hui et demain,* Journées notariales 1992, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1992, 167-225.

MOREAU, Alain, *Le notariat français à partir de sa codification*, dans *Le notariat, profession de tradition et d'avenir,* XVIIe Congrès international du notariat latin, UINL, Florence, 30 sept-6 oct. 1984, p. 13-164.

MOREAU, Alain, *L'histoire de l'authenticité*, dans *Modernité de l'authenticité / Deuxièmes rencontres notariat-université*, 26 octobre 1992, Les petites affiches, no 77, 28 juin 1993, p. 4-11.

POISSON Jean-Marc, *Modernité de l'authenticité : prospective* dans *Modernité de l'authenticité / Deuxièmes rencontres notariat-université,* 26 octobre 1992*, Les petites affiches*, n[o] 77, 28 juin 1993, p. 23-27.

POISSON, Jean-Paul, *La Justice devant le notaire et sa clientèle*, dans *Notaire et société, Travaux d'Histoire et de Sociologie Notariales – Volume I*, Paris, Économica, 1985, p. 3-13.

RAUCENT, Léon, *Préface*, dans *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, 1991, Patrimoine X, Premier volume, Academia-Bruylant-Journal des Notaires et des Avocats, Louvain-la-Neuve, 1991, p. 6.

REYNIS, Bernard, *La conception du rôle du notaire dans les pays de l'Union européenne*, dans *La fonction notariale en Europe*, Septièmes « Rencontres notariat-université », Petites affiches, La Loi, 20 avril 1998, Numéro spécial, n[o] 47, p. 6.

SCHWACHTGEN, André, *Le notariat au Grand-Duché de Luxembourg*, dans *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, Deuxième volume, Academia/Bruylant, Journal des Notaires et des Avocats, Louvain-la-Neuve, p. 435-479.

SEGURA ZURBANO, Miguel A., *Le notariat espagnol*, dans *Notariats d'Europe, du Québec et du Zaïre*, Deuxième volume, Academia/Bruylant, Journal des Notaires et des Avocats, Louvain-la-Neuve, p. 411-433.

TARRADE, Jean, *Synthèse*, dans *La fonction notariale en Europe*, Septièmes « Rencontres notariat-université », Petites affiches, La Loi, 20 avril 1998, Numéro spécial, No 47, p. 21-24.

VOGEL, Louis, *Le statut du notaire au regard du Traité de Rome*, dans *La fonction notariale en Europe*, Septièmes « Rencontres notariat-université », Petites affiches, La Loi, 20 avril 1998, Numéro spécial, n° 47, p. 17-20.

WEYTS, Luc, *Fonctions publiques et sociales du notariat belge*, dans *Rapports officiels du notariat belge*, XXIe Congrès International du notariat latin, Berlin, 28 mai-3 juin 1995, p. 7-48.

Monographies et ouvrages collectifs

BEAULNE, Jacques, *Problématiques spécifiques afférentes à la force exécutoire de l'acte notarié*, dans *Sources et instruments de justice en droit privé*, N. Kasirer et P. Noreau (dir.), Montréal, Les Éditions Thémis, 2002, p. 449-515.

BÉNARD, Alain, *La force exécutoire : l'acte authentique comme instrument de déjudiciarisation* dans *Sources et instruments de justice en droit privé*, N. Kasirer et P. Noreau (dir.), Montréal, Les Éditions Thémis, 2002, p. 517-532.

CARION, H et BROUEZ, J, *Traité théorique et pratique de notariat*, Bruxelles, Librairie Polytechnique d'Aug. DECQ, 1847.

CASTETS-RENARD, Céline, *Le formalisme du contrat électronique ou la confiance décrétée*, *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 octobre 2006, n° 20, p. 1529-1551.

COLLECTIF, *Destin d'une loi, Loi du 25 Ventôse an XI Statut du notariat,* Clermont-Ferrand, Éditions G. De Bussac, 2003.

DE LEVAL, Georges, *La force exécutoire de l'acte notarié*, dans *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Volume XV, 26 mars 1992, Université de Liège, Faculté de droit, p. 146-168.

DE LEVAL, Georges, *L'inversion du contentieux*, dans *Sources et instruments de justice en droit privé*, N. Kasirer et P. Noreau (dir.), Montréal, Les Éditions Thémis, 2002, p. 433- 448.

DEMBLON, Jacques, *Le régime du notariat*, *Répertoire notarial*, Tome XI, Droit notariat / Organisation et déontologie du notariat I, Livre V-2, Bruxelles, Larcier, 1994.

DUCHARME, Léo, *Précis de la preuve*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur ltée, 2005.

FERRANDÈS, Jean-Pierre, *Ouverture des rencontres*, dans *La fonction notariale en Europe* /7ièmes rencontres « Notariat-Université », Les Petites affiches / La Loi, 20 avril 1998, no 47, p. 3-4.

LESOURNE, Jacques, MENDRAS, Henri, RAYNAUD, Pierre et RIVERO, Jean, *Le notariat français : analyse et perspectives*, Rapport de groupe de travail, s.é., 1983, p. 57-61 et 67-77.

MAGNAN, Jean-Louis, *Le notariat et le monde moderne*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.

MATON, Adolphe, *De l'enseignement du notariat en Belgique et dans les pays étrangers*, Bruxelles, Revue pratique du notariat belge, 1886.

MOREAU, Alain, *Le Notaire dans la société française d'hier à demain*, Paris, Economica, 1999.

MOREAU, Alain, *Les métamorphoses du scribe – Histoire du notariat français*, Perpignan, Éditions Socapress, 1989.

NORMAND, Pierre-Émile, *La loi, le contrat et l'acte authentique*, 1990, *Juris classeur périodique édition notariale, Doctrine*.

PIEDELIÈVRE, Stéphane, *Doctrine et jurisprudence, Répertoire du Notariat Defrénois*, 30 janvier 1999, no 2, p. 99-102.

RAUCENT, Léon, *Fonction et statuts des notaires*, Tome I, 3e éd., Louvain-la-Neuve, Académia-Bruylant, 1988.

RAYNOUARD, Arnaud, *Sur une notion ancienne de l'authenticité : l'apport de l'électronique*, *Répertoire du notariat Defrénois*, 18 mars 2003, no 18, p. 1117-1138.

ROY, Alain, *Déontologie et procédure notariales*, Montréal, Les Éditions Thémis, 2002.

SÉNÉCHAL, Jean-Pierre, *L'acte notarié : une quasi-sûreté*, *Répertoire du notariat Defrénois*, 30 novembre 1993, n° 22, p. 1313-1320.

YAIGRE, Jean, *Droit professionnel notarial*, Paris, Librairies Techniques, 1991.

LA LIQUIDATION DES SUCCESSIONS INSOLVABLES : ÉTUDE COMPARATIVE *CODE CIVIL DU QUÉBEC/LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ*

Sylvie Berthold*

* L'auteure est notaire honoraire, chargée de cours à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et de l'Université de Sherbrooke et agente de recherche à la Chaire du notariat de l'Université de Montréal. J'offre ce texte à Monsieur Comtois avec toute mon affection et ma gratitude. La vie m'a donné le privilège de connaître cet homme d'exception.

La liquidation d'une succession doit se faire au grand jour, et cela est salutaire.
Roger Comtois, *En guise de mémoires*, (1998) 100 *R. du N.* 211

Il existe plusieurs similitudes entre les dispositions du *Code civil du Québec* et les principes établis par la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[1] quant à la liquidation des successions insolvables.

Le *Code civil du Québec* contient un code complet de règles régissant la liquidation et le partage des successions légales ou testamentaires[2], manifestement solvables[3], avec insuffisance de biens[4] ou dont la solvabilité n'est pas manifeste[5]. Ce mécanisme formel vise à protéger les intérêts des créanciers du défunt (obligation de les aviser du décès, ordre de paiement des créanciers, etc.) et les héritiers en limitant leur responsabilité à l'égard des dettes de la succession. Les héritiers, sauf exceptions, ne sont pas tenus aux obligations du disparu au-delà de la valeur des biens qu'ils recueillent[6]. Dans ces circonstances, on peut s'interroger sur l'utilité pour le liquidateur de mettre une succession en faillite au moyen d'une cession volontaire de biens ou pour les créanciers de le faire en présentant une requête en faillite.

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* poursuit les mêmes objectifs : la protection des créanciers et celle du débiteur insolvable. Elle prévoit une procédure obligatoire, un ordre de collocation de paiement des créanciers et la dénonciation de l'état d'insolvabilité de la succession.

Il peut être étonnant de trouver, à l'intérieur du *Code civil du Québec*, des dispositions relatives à la liquidation des successions insuffisantes ou dont la solvabilité n'est pas manifeste, comprenant, entre autres, un ordre de paiement des créanciers.

---

1 L.R.C. (1985), c. B-3 (ci-après : L.F.I.).

2 C.c.Q., articles 776 à 898.

3 C.c.Q., art. 808.

4 C.c.Q., art. 811.

5 C.c.Q., art. 810.

6 C.c.Q., art. 625.

Le pouvoir de légiférer en matière de faillite et d'insolvabilité relève de la compétence exclusive du parlement fédéral en vertu de l'article 91 (21) de la *Loi constitutionnelle de 1867*[7]. Même si le *Code civil du Québec* n'emploie jamais l'expression « succession insolvable » mais utilise plutôt la formule « insuffisance de biens », il n'en demeure pas moins qu'il s'agit de successions dont le passif excède l'actif. On pourrait prétendre que le *Code civil du Québec* ne peut donc contenir de telles dispositions.

Si le gouvernement fédéral détient un champ de compétence exclusif en matière de faillite et d'insolvabilité, le législateur québécois possède la compétence de légiférer en matière de propriété et de droit civil aux termes de l'article 92 (13) de la même loi. On pourrait argumenter que le but de l'article 812 C.c.Q. est de permettre la transmission complète et finale d'un bien. En ce sens il constitue une disposition de droit civil et, contrairement à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou à la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*[8], il n'a aucune vocation économique ou commerciale. Ce raisonnement mène à la conclusion que la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ne devrait pas assimiler le liquidateur d'une succession à une « personne » telle définie par cette loi. La cession de biens, volontaire ou forcée d'une succession, deviendrait alors impossible. La liquidation de toutes les successions devrait se faire uniquement selon les règles du *Code civil du Québec.*

La doctrine et la jurisprudence en droit des successions ne soulèvent pas le problème de la constitutionnalité des articles du *Code civil du Québec* ou de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* relatives aux successions insuffisantes, bien que cette question soit importante. La réponse, qu'elle soit en faveur de l'une ou l'autre de ces législations, affecte directement l'ordre de paiement des créanciers. Nous pourrions nous interroger plus longuement sur cette question qui va au-delà du cadre de ce texte.

Ce texte ne se veut pas une étude exhaustive des dispositions du *Code civil du Québec* et de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* relatives à la liquidation des successions insolvables mais un survol comparatif de ces dispositions.

---

7 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

8 L.R.C. (1985), c.C-36.

I. LES DISPOSITIONS DU *CODE CIVIL DU QUÉBEC*

A. Définition d'une succession insolvable

Le *Code civil du Québec* ne donne aucune définition d'une succession insolvable. Il prévoit toutefois des règles particulières de liquidation lorsque « les biens de la succession sont insuffisants »[9]. Il est permis de croire que la définition recherchée s'apparente à celle de « personne insolvable » contenue à la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Une succession insolvable serait donc celle dont la totalité des biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, pour permettre l'acquittement de toutes les obligations échues ou à échoir[10].

B. La nomination du liquidateur

Le *Code civil du Québec* prévoit que toutes les successions sont pourvues d'un liquidateur, sous réserve que les héritiers peuvent, d'un commun accord, liquider eux-mêmes la succession, sans suivre les règles prescrites pour la liquidation lorsque la succession est manifestement solvable[11].

La nomination du liquidateur se fait au moyen d'une désignation au testament, par les héritiers collectivement[12] ou par le tribunal[13].

C. Les biens périssables

Le *Code civil du Québec* renferme des dispositions spécifiques à la liquidation des biens susceptibles de dépérissement. Ainsi, même avant la désignation du liquidateur, le successible peut les vendre de gré à gré ou, s'il ne peut trouver preneur en temps utile, les donner à des organismes de

---

9 C.c.Q., art. 811.

10 L.F.I., art. 2.

11 Les héritiers sont, en conséquence de cette décision, tenus au paiement des dettes de la succession sur leur patrimoine propre, au-delà même de la valeur des biens qu'ils recueillent. Voir C.c.Q., art. 779.

12 C.c.Q., art. 785 *in fine.*

13 C.c.Q., art. 788.

bienfaisance ou encore les distribuer entre les successibles. Il est à noter que cette distribution n'emporte pas une acceptation de sa part[14].

Il est aussi permis au successible d'aliéner des biens qui, sans être susceptibles de dépérissement, sont dispendieux à conserver ou susceptibles de se déprécier rapidement. Le successible peut aliéner seul les biens se dépréciant rapidement[15]. S'il s'agit de biens qui, sans être susceptibles de dépérissement, sont dispendieux à conserver, le successible doit obtenir l'autorisation des autres successibles (bénéficiaires de l'administration) ou à défaut, du tribunal, et ce, en vertu de l'article 1305 C.c.Q. Il agit alors comme administrateur du bien d'autrui[16].

D. L'inventaire

Le liquidateur est tenu de faire inventaire du patrimoine successoral[17]. Il s'agit d'une disposition impérative. Même le testateur (ou le tribunal) ne peut dispenser le liquidateur de faire cet inventaire. Une telle disposition serait réputée non écrite[18]. Seul le consentement de tous les héritiers et successibles peut retirer cette obligation au liquidateur[19]. Exempter le liquidateur de l'obligation de faire inventaire est lourd de conséquences, entre autres celle de rendre les héritiers responsables des dettes de la succession au-delà de la valeur des biens qu'ils recueillent[20].

On ne saurait trop insister sur l'importance de l'obligation de faire inventaire afin de limiter la responsabilité de l'héritier quant aux dettes de la succession[21]. On peut supposer que la dispense au liquidateur de faire inventaire ne sera donnée qu'en présence d'une succession qui apparaît manifeste-

---

14 C.c.Q., art. 644, 1er alinéa.

15 C.c.Q., art. 1305.

16 C.c.Q., art 644 *in fine.*

17 C.c.Q., art. 794.

18 C.c.Q., art. 778.

19 C.c.Q., art. 799.

20 *Id.*

21 Le professeur Roger Comtois s'exprime ainsi à ce sujet : « ... nous estimons que les confrères devraient recommander à leurs clients que les formalités prescrites soient observées à la lettre. Le nouveau Code civil exige sans doute plus de formalités dans la liquidation des successions et c'est tant mieux pour les praticiens du droit. » Roger COMTOIS, « En guise de mémoires », (1998) 100 *R. du N.* 212.

ment solvable. Il peut cependant arriver qu'une succession solvable se transforme en succession insolvable si, par exemple, l'ajout des legs particuliers aux dettes excède la valeur des actifs[22]. Il est aussi possible que des créanciers inconnus des héritiers et/ou successibles au moment du décès présentent des réclamations à la succession qui rendent cette dernière insolvable. Pensons aux réclamations « inattendues » pour dettes fiscales. La solvabilité d'une succession ne peut être établie de façon certaine qu'à la suite de la confection de l'inventaire.

Le liquidateur doit faire inventaire suivant les articles 1324 C.c.Q. Tout comme un vérificateur, il doit s'assurer de la véracité du contenu de l'inventaire dont il est garant. Il ne s'agit pas d'un simple résumé des informations recueillies mais d'un document attestant de l'existence et de l'exactitude du patrimoine successoral[23].

L'inventaire auquel est tenu le liquidateur doit comprendre l'énumération fidèle et exacte de tous les biens qui forment le patrimoine administré, notamment la désignation des immeubles et la description des meubles, avec indication de leur valeur. Une identification suffisante d'une universalité de meubles est admise. Les espèces en numéraire et autres valeurs doivent apparaître ainsi que l'énumération des documents de valeur[24].

Les effets personnels du défunt peuvent être mentionnés généralement dans l'inventaire. On peut y lister ou ne décrire que les vêtements, papiers personnels, bijoux ou objets d'usage courant dont la valeur excède pour chacun 100 $[25].

L'état des biens doit être noté sinon, les biens désignés dans l'inventaire sont présumés en bon état à la date de sa confection[26].

L'inventaire doit aussi faire mention des dettes du défunt, incluant les dettes successorales, les dettes fiscales, les dettes alimentaires, les dettes

---

22 M.-A. LAMONTAGNE, « Liquidation et partage de succession », dans *La réforme du Code civil*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, t. 1, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 400.

23 M.-A. LAMONTAGNE, « Liquidation et partage de succession », dans *La réforme du Code civil*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, t. 1, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 1993, p. 393.

24 C.c.Q., art. 1326.

25 C.c.Q., art. 1328.

26 C.c.Q., art. 1329.

litigieuses[27] et la dette ou la créance pouvant résulter du partage de la société d'acquêts et du patrimoine familial s'il y a lieu.

E. Notification aux créanciers

La clôture de l'inventaire est publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers au moyen de l'inscription d'un avis qui identifie le défunt et qui indique le lieu où l'inventaire peut être consulté par les intéressés[28] dans son intégralité. Seule une consultation intégrale permet aux créanciers de vérifier l'exactitude de l'inventaire et de contrôler la solvabilité de la succession. À cet effet, la Cour d'appel du Québec a décidé qu'un créancier litigieux de la succession est un intéressé au sens du *Code civil du Québec* qui a accès à l'intégralité de l'inventaire[29]. L'avis doit aussi être publié dans un journal distribué dans la localité de la dernière adresse du défunt[30].

F. La réduction des libéralités

L'article 689 C.c.Q. prévoit que lorsque l'actif de la succession est insuffisant pour payer entièrement les contributions dues au conjoint ou à un descendant, en raison des libéralités faites par acte entre vifs dans les trois ans précédant le décès ou de celles ayant pour terme le décès, le tribunal peut ordonner la réduction de ces libéralités. Notons que les libéralités auxquelles le conjoint ou le descendant a consenti ne peuvent être réduites et celles qu'il a reçues doivent être imputées sur sa créance.

Le *Code civil du Québec* énonce une présomption de libéralité à toute aliénation, sûreté ou charge consentie par le défunt pour une prestation dont la valeur est nettement inférieure à celle du bien au moment où elle a été faite[31]. Il assimile aussi à des libéralités les avantages découlant d'un régime de retraite visé à son article 415 ou d'un contrat d'assurance de personne, lorsque ces avantages auraient fait partie de la succession ou auraient été versés au créancier n'eût été la désignation d'un titulaire subrogé ou d'un

---

27 *Bergeron* c. *Fortier*, 2005 QCCA 319.

28 C.c.Q., art. 795.

29 *Bergeron* c. *Fortier*, 2005 QCCA 319.

30 C.c.Q.,art. 795.

31 C.c.Q., art.690.

bénéficiaire, par le défunt, dans les trois ans précédant le décès[32]. À cet égard, la Cour d'appel du Québec a rappelé que ce ne sont pas toutes les libéralités faites par le défunt dans les trois ans de son décès qui sont présumées faire partie de l'actif de la succession mais uniquement celles précisées à l'article 691 C.c.Q.[33]

Les frais d'entretien ou d'éducation et les cadeaux d'usage ne sont pas considérés comme étant des libéralités à moins qu'ils n'aient été manifestement exagérés eu égard aux facultés du défunt[34].

G. Règles particulières de la liquidation des successions insuffisantes

Si les biens sont insuffisants, le liquidateur ne peut payer aucune dette ou legs particulier avant d'en avoir dressé un état complet[35]. Il doit ensuite aviser les intéressés, c'est-à-dire les créanciers, les héritiers et les légataires particuliers[36]. L'article 811 C.c.Q. lui impose l'obligation de préparer et de faire homologuer par le tribunal une proposition de paiement dans laquelle, s'il y a lieu, une provision est prévue pour acquitter un jugement éventuel[37].

H. Ordre de paiement des créanciers

L'ordre de paiement des créanciers se trouve à l'article 812 C.c.Q. Doivent être payés avant les légataires particuliers, les créanciers prioritaires

---

32 C.c.Q., art. 691.

33 *B.(M.)* c. *C. (L.)*, 2000 CanLII 3967 (QCCA) ; AZ-50081294.

34 C.c.Q., art. 692.

35 C.c.Q., art. 811.

36 C.c.Q., art. 811.

37 En présence d'une succession dont la solvabilité n'est pas manifeste, l'article 810 C.c.Q. prévoit que le liquidateur ne peut payer les dettes ni les legs particuliers, avant l'expiration d'un délai de soixante (60) jours à compter de l'inscription de l'avis de clôture de l'inventaire ou depuis la dispense d'inventaire. Si les circonstances l'exigent, il peut payer avant l'expiration de ce délai, les comptes usuels d'entreprises de services publics et les dettes dont le paiement revêt un caractère d'urgence. Notons que le Code civil ne prévoit, dans ces circonstances, aucun ordre de paiement à l'expiration du délai prévu.

ou hypothécaires, suivant leur rang, selon l'ordre de collocation prévu à l'article 2651 C.c.Q. Cet ordre se résume ainsi :

1. les frais de justice et toutes les dépenses faites dans l'intérêt commun[38] ;
2. la créance du vendeur impayé pour le prix du meuble vendu à une personne physique qui n'exploite pas une entreprise ;
3. les créances de ceux qui ont un droit de rétention sur un meuble, pourvu que ce droit subsiste ;
4. les créances de l'État pour les sommes dues en vertu des lois fiscales ;
5. les créances des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers.

Viennent ensuite les autres créanciers, sauf pour leur créance alimentaire, en proportion de leur créance s'il y a insuffisance pour les payer en entier. Si après le paiement de tous les créanciers ci-dessus mentionnés il reste des biens, le liquidateur paie les créanciers d'aliments en proportion de leur créance s'il ne peut les payer entièrement. Une fois tous les créanciers entièrement payés, il paie les légataires particuliers[39].

1. Le paiement des legs particuliers

Les articles 813 et 814 C.c.Q. énoncent des règles ayant trait à l'aliénation ou à la réduction des biens légués à titre particulier et à l'ordre de préférence de paiement entre ces legs. Le liquidateur, selon que l'insuffisance touche les créanciers et les légataires ou ces derniers seulement, procède respectivement selon les modalités de ces articles[40].

L'article 813 C.c.Q. prévoit que le liquidateur peut aliéner un bien légué à titre particulier ou réduire les legs particuliers si les autres biens sont insuffisants pour payer toutes les dettes. L'aliénation ou la réduction doit se faire dans l'ordre et suivant les proportions convenues par les légataires. À défaut d'accord, le liquidateur réduit d'abord les legs qui n'ont

---

38 Nous sommes d'avis que les honoraires et frais du notaire pour le règlement d'une telle succession entrent dans cette catégorie.

39 C.c.Q., art. 812.

40 Jacques BEAULNE, *De certaines règles relatives au liquidateur successoral désigné par testament*, dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit/Nouvelle série*, « Libéralités », Doctrine – Document 1, Montréal, 1996, p. 13.

aucune préférence en vertu du testament et qui ne portent pas sur un bien individualisé, en proportion de leur valeur. En cas d'insuffisance, il aliène l'objet des legs de biens individualisés, puis l'objet des legs qui ont la préférence, ou réduit ces legs proportionnellement à leur valeur. Notons que les légataires peuvent convenir d'un autre mode de règlement ou se libérer en faisant remise de leur legs ou de sa valeur.

L'article 814 C.c.Q. s'applique lorsqu'il y a insuffisance de biens pour payer tous les legs particuliers[41]. Dans ce cas, le liquidateur, suivant sa proposition de paiement, paie d'abord ceux qui ont la préférence aux termes du testament, puis les légataires d'un bien individualisé. Les autres légataires particuliers subissent ensuite la réduction proportionnelle de leur legs et le partage du solde des biens se fait entre eux en proportion de la valeur de chaque legs.

I. La fin de la liquidation

La liquidation prend fin par la décharge du liquidateur[42], qui doit préalablement présenter un compte définitif aux héritiers[43], à l'amiable ou en justice[44]. Dans le cas d'une succession insuffisante, il appert normal que le liquidateur rende compte de son administration au tribunal puisque ce dernier a déjà homologué une proposition de paiement des créanciers. Il pourra alors vérifier si la teneur en a été respectée et approuver les honoraires et déboursés du liquidateur. Après l'acceptation du compte définitif, le liquidateur est déchargé de son administration[45].

La clôture du compte doit être publiée au registre des droits personnels et réels mobiliers au moyen de l'inscription d'un avis qui identifie le défunt et indique le lieu où le compte peut être consulté[46].

---

41 Notons que l'article 813 C.c.Q. mentionné plus haut s'applique lorsque les biens sont insuffisants pour payer toutes les dettes, y compris les légataires particuliers.

42 C.c.Q., art. 819 *in fine.*

43 C.c.Q., art. 820.

44 C.c.Q., art. 821.

45 Dans le cas d'une succession insuffisante, il n'y aura probablement pas de délivrance de biens aux héritiers, contrairement aux dispositions de l'article 822 C.c.Q.

46 C.c.Q., art. 822.

II. LES DISPOSITIONS DE LA *LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ*

A. Définition d'une succession insolvable

L'article 2 L.F.I. assimile à une personne, les héritiers, liquidateurs de succession, exécuteurs testamentaires et administrateurs et autres représentants légaux de toute personne. Afin de se prévaloir des dispositions de cette Loi, la succession doit être insolvable, c'est-à-dire que la totalité de ses biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, ou ne suffirait pas, s'il en était disposé lors d'une vente bien conduite par autorité de justice, pour permettre l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir[47].

Comme toute autre personne définie à la L.F.I., la succession peut faire une cession volontaire de ses biens ou être l'objet d'une requête en faillite.

1. La cession volontaire de biens par le liquidateur

L'article 49 (1) L.F.I. prévoit qu'une personne insolvable, ou si elle est décédée, l'exécuteur testamentaire, le liquidateur de la succession ou l'administrateur à la succession, avec la permission du tribunal, peut faire une cession de ses biens au profit de ses créanciers en général. Dans ce cas, selon le seul arrêt du Québec répertorié sur cette question[48], la Cour n'a qu'à vérifier la capacité du représentant légal de la succession pour autoriser celle-ci à faire cession de ses biens. Il s'agit d'une procédure essentielle à la validité de la cession[49].

Quel est le moment favorable au liquidateur pour demander l'autorisation au tribunal de produire une cession de biens de la succession ? Si tous les successibles ont renoncé, cette dernière est recueillie de plein droit par l'État[50] à défaut de successibles qui la réclament. Le liquidateur est alors forclos. Dans tous les autres cas, le temps propice pour faire une telle

---

47 L.F.I., art. 2.

48 *Re Mooney,* (1938) 20 C.B.R. 340 (Qué. B.R.).

49 Si cette permission n'a pas été obtenue préalablement à la cession, le tribunal pourrait probablement, à sa discrétion, en valider rétroactivement le dépôt.

50 C.c.Q., art. 697.

demande au tribunal apparaît être en tout temps, pourvu que l'administration de la succession ne soit pas entièrement terminée.

Puisque la L.F.I. permet au liquidateur d'une succession de présenter une telle demande, nous croyons que ce dernier n'a besoin d'aucune autorisation de la part des héritiers. Le tribunal, en statuant sur la demande, aura tout le loisir d'évaluer si l'autorisation demandée cause préjudice aux droits des créanciers ou des héritiers.

Quels sont les avantages pour le liquidateur et les héritiers de faire une telle demande si le mécanisme de liquidation prévu au *Code civil du Québec* a été respecté et que les héritiers ne sont pas tenus aux obligations du défunt au-delà de la valeur des biens qu'ils reçoivent ? Peut-être la possibilité pour l'héritier d'acquérir du syndic des biens sans être tenu aux dettes.

2. Le décès du failli avant sa libération

Il arrive qu'un failli décède avant l'obtention de sa libération. Qu'arrive-t-il dans ce cas ? L'article 67 (1) L.F.I. est précis à ce sujet. Les biens du failli constituant le patrimoine attribué à ses créanciers comprennent tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération. En vertu de cette disposition, le syndic pourra prendre possession de tous les biens du failli ainsi que du produit de l'assurance-vie du failli payable à la succession. Par contre, le syndic, outre les frais funéraires et les dépenses testamentaires raisonnables[51] faits par le représentant légal personnel du failli décédé, ne sera pas tenu de payer les dettes contractées après la faillite de la personne décédée[52]. Ainsi, les héritiers hériteront des dettes contractées par le failli après la date de la faillite et ne recevront aucun bien. Dans ce cas, la renonciation à la succession par les héritiers semble appropriée, à moins de circonstances particulières.

---

51 L.F.I., art. 136 (1) a).

52 L.F.I., art. 121 (1).

3. Requête en faillite

a) Lorsque le débiteur décède après le dépôt de la requête mais avant l'ordonnance de faillite

L'article 43 (17) L.F.I. édicte qu'advenant le décès du débiteur contre lequel une requête en faillite a été déposée, les procédures sont continuées, à moins que le tribunal n'en ordonne autrement, comme s'il était vivant. Si la requête était contestée par le débiteur, les héritiers, s'ils le désirent, pourront être entendus par le tribunal avant l'émission de l'ordonnance.

Si le tribunal émet l'ordonnance de faillite, les frais de funérailles et les dépenses testamentaires raisonnables faits par le représentant légal du failli décédé seront payés prioritairement aux termes de l'article 136 (1) a) L.F.I. Dans ces circonstances, tous les biens tombent sous la saisine du syndic en vertu de l'article 67 (1) c) L.F.I. et toutes les dettes du débiteur décédé constituent des réclamations prouvables en matière de faillite puisqu'elles ont été obligatoirement contractées avant la date de la faillite, soit la date de l'ordonnance de faillite[53]. Il ne reste donc absolument rien pour les héritiers. Ni dette, ni actif.

b) Requête en faillite contre la succession d'un débiteur décédé

Selon l'article 44 (1) L.F.I., une requête en faillite peut être produite contre la succession d'un débiteur décédé, sous réserve de l'article 43 de la même loi. Cette requête peut être présentée pourvu que l'administration de celle-ci ne soit pas entièrement terminée[54].

La signification de la requête doit être faite à l'exécuteur testamentaire ou à l'administrateur de la succession du débiteur décédé.

Dès que la requête lui a été signifiée, l'administrateur à la succession ne doit payer aucune somme d'argent ni transporter aucun bien du débiteur décédé, sauf ce qui est requis pour acquitter les frais funéraires et testamentaires convenables, avant qu'il ait été décidé de la requête ; sinon, en

---

53 L.F.I., art. 2.1 a).

54 *Estate of the Late Eugene Mackay Taggart* c. *Custigliola*, C.A. Montréal, nº 500-09-001321-777, 23 janvier 1980.

sus des peines qu'il peut encourir, il en est tenu personnellement[55]. Toutefois, un paiement ou un transport de biens fait, ou tout acte ou chose accompli, de bonne foi par l'administrateur avant la signification de la requête ne peut être invalidé[56].

Il semble que les créanciers peuvent se prévaloir des actes de faillite[57] commis dans les six mois du dépôt de la requête, soit par le débiteur lui-même avant son décès, soit plutôt par la succession subséquemment à ce décès[58].

Il peut être avantageux pour un créancier de présenter une requête en faillite contre une succession dans certaines situations, par exemple, lorsque l'ordre de collocation de paiement prévu à l'article 136 L.F.I. est plus profitable que celui contenu au *Code civil du Québec*[59].

La *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*[60] offre également au syndic la possibilité de faire annuler ou réviser les contrats ou paiements faits par le débiteur décédé au préjudice des créanciers avant la faillite et de se prévaloir de l'action en inopposabilité prévue aux articles 1631 et suivants du *Code civil du Québec*. Le *Code civil du Québec* ne donne pas au liquidateur le pouvoir de faire réviser les transactions effectuées par la personne décédée avant son décès.

---

55 L.F.I., art. 44 (2).

56 L.F.I., art. 44 (3).

57 Les actes de faillite sont énumérés à l'article 42 L.F.I.

58 Albert BOHÉMIER, *Faillite et insolvabilité,* t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1992, p. 135.

59 Les créances fiscales constituent des créances prioritaires en vertu de l'article 2651 C.c.Q. sans besoin de publication préalable. Les mêmes créances se retrouvent comme créances ordinaires aux termes de la L.F.I., à moins d'avoir été publiées antérieurement à la faillite. Elles deviennent alors des créances garanties, mais seulement pour le montant publié. Voir articles 86 et 87 L.F.I. De même, la faillite a priorité sur toutes saisies, saisies-arrêts, certificats ayant l'effet de jugements, jugements, certificats de jugements, hypothèques légales résultant d'un jugement, procédures d'exécution ou autres procédures contre les biens d'un failli en vertu de l'article 70 (1) L.F.I.

60 L.F.I., articles 91 à 100.

B. La nomination du syndic

C'est le séquestre officiel qui nomme le syndic lors de l'approbation de la cession[61] ou le tribunal lors de l'émission de l'ordonnance de faillite[62]. Dans ce cas, il est d'usage que le créancier requérant suggère le nom d'un syndic à l'intérieur de sa requête.

C. Les biens périssables

Le syndic est tenu de prendre des mesures conservatoires lorsque les intérêts de l'actif l'exigent et de disposer sommairement des biens sujets à s'avarier ou susceptibles de dépréciation rapide[63]. Contrairement au *Code civil du Québec*, la L.F.I. ne permet pas au syndic de disposer rapidement des biens dispendieux à conserver[64].

D. L'inventaire

Le plus tôt possible après sa nomination, le syndic doit prendre possession de tous les biens du failli[65] et en dresser un inventaire[66]. À cet effet, des pouvoirs étendus lui sont donnés. Il peut pénétrer en tout lieu où peuvent se trouver les biens, quoiqu'ils puissent être en la possession d'un huissier-exécutant, d'un créancier garanti ou d'une autre personne qui les réclame[67]. Il a aussi le pouvoir d'agir n'importe où comme syndic afin d'obtenir la possession des biens du failli[68].

---

61 L.F.I., art. 49 (4).

62 L.F.I., art. 43 (9).

63 L.F.I., art. 18 a).

64 C.c.Q., art. 644 *in fine.*

65 À l'exception des biens exclus de la saisine du syndic aux paragraphes 1a), b) et b.1) de l'article 67 L.F.I.

66 L.F.I., art. 16 (3).

67 L.F.I., art. 18 (3). Si les lieux ne sont pas occupés par le failli, le syndic ne peut toutefois y pénétrer sans l'autorisation de l'occupant que s'il est muni d'un mandat de perquisition prévu à l'article 189 L.F.I.

68 L.F.I., art. 17 (2).

L'inventaire doit être confectionné selon l'Instruction n° 7 émise par le surintendant des faillites[69]. Selon ces normes, l'inventaire est divisé en trois parties : tout bien dévolu au syndic, tout bien appartenant à une tierce personne en la possession du failli et tout bien dont le droit de propriété est litigieux. L'inventaire doit aussi inclure :

- une liste détaillée de tous les biens en possession du débiteur et sur lesquels il détient un droit de propriété et l'information suffisante pour identifier chaque article ;
- une évaluation de chaque article avec une note expliquant les moyens utilisés pour déterminer la valeur[70] ;
- le nom des personnes qui ont effectué la prise d'inventaire et le syndic responsable pour l'inventaire ;
- la date et l'heure auxquelles l'inventaire a été effectué ;
- l'endroit où se trouvent les biens ;
- les détails des biens endommagés, détériorés ou périssables ; et
- une description de la procédure de contrôle utilisée pour s'assurer que tous les biens sont comptabilisés.

La responsabilité personnelle du syndic est engagée s'il néglige de faire inventaire. Il peut être tenu responsable des pertes subies par l'actif ou par des tiers qui y détenaient des biens[71].

Contrairement aux dispositions du *Code civil du Québec,* l'inventaire ne fait pas mention des dettes de la succession du défunt.

E. Révision de certaines transactions effectuées avant la faillite

La L.F.I. permet au syndic, à certaines conditions, de prendre des procédures judiciaires afin de réintégrer dans l'actif de la faillite des biens dont

69 *Inventaire des biens d'un actif*, émise le 3 février 1997.

70 Cependant, lorsque la personne dressant l'inventaire n'inclut pas une telle évaluation, le syndic est responsable, après réception de l'inventaire incomplet, d'assurer que ladite évaluation soit immédiatement complétée et jointe à l'inventaire.

71 *Margless* c. *Formex Ltd.*, (1976) C.A. 226.

le débiteur aurait pu se départir avant la faillite pendant des périodes suspectes déterminées par la Loi[72]. Ce pouvoir de demander l'inopposabilité de certaines transactions ou aliénations préjudiciables n'apparaît pas possible au liquidateur en vertu du *Code civil du Québec*, sauf en ce qui a trait à la demande de réduction des libéralités dans les circonstances prévues à l'article 689 C.c.Q.

F. Notification de la faillite aux créanciers

Il incombe au syndic de se renseigner sur les noms et adresses des créanciers du failli et, dans les cinq jours qui suivent la date de sa nomination, il doit envoyer à tout créancier connu, un avis de la faillite[73] et de la date de la tenue de la première assemblée des créanciers, s'il y a lieu[74]. Tous les créanciers existant à la date de la faillite[75] y seront inclus.

Il est à noter que les créanciers peuvent nommer un ou plusieurs inspecteurs pour surveiller le travail du syndic[76]. Cette possibilité n'existe pas pour les héritiers en vertu du *Code civil du Québec*.

G. Ordre de paiement des créanciers

Le syndic doit suivre l'ordre de priorité de paiement mentionné à l'article 136 L.F.I. Il ne peut y déroger. Cet ordre de priorité est impératif et rend non applicable l'ordre prévu au *Code civil du Québec*[77].

---

72 Voir les articles 91 à 101 L.F.I.

73 L.F.I., art. 102 (1).

74 La tenue de la première assemblée des créanciers n'est pas obligatoire en matière d'administration sommaire. Elle est convoquée dans les trente jours suivant la date de la faillite, sur demande des créanciers ou du séquestre officiel. Voir L.F.I., art. 155 (d.1).

75 La date de la faillite est définie à l'article 2.1 L.F.I. Il s'agit de la date de l'ordonnance de faillite, du dépôt d'une cession de biens ou du fait qui rend réputée une cession.

76 L.F.I., art. 116 (1).

77 C.c.Q., art. 2651. Voir à cet effet : *Husky Oil Operations ltd.* c. *Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453.

L'article 136 L.F.I. prévoit que sous réserve des droits des créanciers garantis, les montants réalisés provenant des biens d'un failli sont distribués d'après l'ordre de priorité de paiement suivant :

- dans le cas d'un failli décédé, les frais de funérailles et dépenses testamentaires raisonnables, faits par le représentant légal ou, dans la province de Québec, les successibles ou héritiers du failli décédé ;
- les frais d'administration, dans l'ordre suivant :
  (i) débours et honoraires de la personne visée à l'alinéa 14.03 (1) *a*),
  (ii) débours et honoraires du syndic,
  (iii) frais légaux ;
- le prélèvement payable en vertu de l'article 147 ;
- les gages, salaires, commissions ou rémunération de tout commis, préposé, voyageur de commerce, journalier ou ouvrier, pour services rendus au cours des six mois qui ont précédé la faillite jusqu'à concurrence de deux mille dollars dans chaque cas ; s'il s'agit d'un voyageur de commerce, les sommes que ce dernier a régulièrement déboursées dans et concernant l'entreprise du failli, jusqu'à concurrence d'un montant additionnel de mille dollars dans chaque cas, pendant la même période ; pour l'application du présent alinéa, les commissions payables sur expédition, livraison ou paiement de marchandises sont censées gagnées à cet égard durant la période des six mois, si les marchandises ont été expédiées, livrées ou payées pendant cette période ;
- les réclamations pour les dettes ou obligations mentionnées aux alinéas 178(1)*b*) ou *c*), si elles constituent des réclamations prouvables en raison du paragraphe 121(4), pour le total des sommes payables périodiquement qui se sont accumulées au cours de l'année qui précède la date de la faillite et de toute somme forfaitaire payable ;
- les taxes municipales établies ou perçues à l'encontre du failli dans les deux années précédant sa faillite et qui ne constituent pas une créance garantie sur les immeubles ou les biens réels du failli, mais ne dépassant pas la valeur de l'intérêt ou, dans la province de Québec, la valeur du droit du failli sur les biens à l'égard desquels ont été imposées les taxes telles qu'elles ont été déclarées par le syndic ;
- le locateur quant aux arriérés de loyer pour une période de trois mois précédant la faillite, et, si une disposition du bail le prévoit, le loyer exigible par anticipation, pour une somme correspondant à trois mois de loyer au plus, mais le montant total ainsi payable ne peut dépasser

la somme réalisée sur les biens se trouvant sur les lieux sous bail ; tout paiement fait par le locataire au titre d'une telle disposition est porté au compte du montant payable par le syndic pour le loyer d'occupation ;

- les honoraires et droits mentionnés au paragraphe 70(2), mais jusqu'à concurrence seulement de la réalisation des biens exigibles en vertu de ce paragraphe ;
- dans le cas d'un failli qui est devenu un failli avant la date prescrite, toutes dettes contractées par le failli sous l'autorité d'une loi sur les accidents du travail, d'une loi sur l'assurance-chômage, d'une disposition de la *Loi de l'impôt sur le revenu* créant une obligation de rembourser à Sa Majesté des sommes qui ont été déduites ou retenues, au prorata ;
- les réclamations résultant de blessures subies par des employés du failli, que les dispositions d'une loi sur les accidents du travail ne visent pas, mais seulement jusqu'à concurrence des montants d'argent reçus des personnes garantissant le failli contre le préjudice résultant de ces blessures ;
- dans le cas d'un failli qui est devenu un failli avant la date prescrite, les réclamations, non mentionnées aux alinéas *a*) à *i*), de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, au prorata, nonobstant tout privilège prévu par une loi à l'effet contraire.

Tout créancier dont les droits sont restreints pas cet article, prend rang comme créancier non garanti, quant à tout solde de réclamation qui lui est dû.

H. La fin de l'administration et la libération du syndic

Le syndic doit rendre compte de son administration aux inspecteurs à la faillite, s'il en existe, au séquestre officiel et au tribunal. Ses comptes (incluant ses honoraires) doivent être approuvés par les inspecteurs et taxés par le tribunal[78].

L'administration du syndic est complétée lorsque ses comptes ont été approuvés, que toutes les objections, oppositions et requêtes ainsi que tous

[78] L.F.I., art. 41 (4).

les appels ont été réglés ou qu'il en a été disposé et que tous les dividendes ont été payés[79].

Le syndic, lorsque l'administration de l'actif est complétée, doit demander sa libération au tribunal[80]. La L.F.I. n'exige aucune publication, à quelque registre que ce soit, de sa reddition de compte et de sa libération. Toutefois, toutes ces informations peuvent être retrouvées auprès du Bureau du surintendant des faillites.

*

* *

Le *Code civil du Québec* contient un code complet de règles régissant la liquidation et le partage des successions légales ou testamentaires, manifestement solvables avec insuffisance de biens ou dont la solvabilité n'est pas manifeste. Les héritiers, en autant que toutes les procédures mentionnées au *Code civil du Québec* ont été respectées, ne sont pas tenus aux obligations du disparu au-delà de la valeur des biens qu'ils recueillent. Dans ces circonstances, l'utilité pour le liquidateur de mettre une succession en faillite est marginale. Par contre, la mise en faillite d'une succession pourra être attrayante pour le créancier si l'ordre de paiement prévu à la L.F.I. lui donne un meilleur rang.

Les notaires doivent se familiariser avec les règles du *Code civil du Québec* régissant les successions insuffisantes et procéder à leur liquidation. Il s'agit d'un travail de juriste.

---

79 L.F.I., art. 41 (4).

80 L.F.I., art. 41 (1).

QUASI-CONSTITUTIONNALITÉ ASCENDANTE ET QUASI-CONSTITUTIONNALITÉ DESCENDANTE : RÉFLEXIONS SUR DEUX « INVENTIONS » JURIDIQUES CANADIENNES

François CHEVRETTE*

---

* Professeur titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal.

La *Charte canadienne des droits et libertés*, insérée dans la Constitution en 1982[1], et la *Charte des droits et libertés de la personne*, loi québécoise adoptée en 1975[2], présentent entre elles nombre de ressemblances et nombre de différences[3]. Parmi les premières, il y a le fait qu'on trouve dans chacune d'elles une disposition permettant à l'autorité parlementaire de déroger à certaines de leurs garanties. Il s'agit respectivement de l'article 33 de la Charte canadienne[4] et de l'article 52 de la Charte québécoise[5]. Le droit constitutionnel comparé aurait vite fait de nous montrer qu'un tel pouvoir de dérogation, loin d'être courant, a un caractère exceptionnel au point qu'il vaut la peine de s'y arrêter. À l'examen, l'on verra qu'à l'image des deux instruments de protection des droits et libertés où on les retrouve, ces deux dispositions se ressemblent et se différencient. Ce sont ces ressemblances et ces différences que la présente étude entend explorer

---

1 Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après citée « la Charte canadienne »).

2 L.R.Q., c. C-12 (ci-après citée « la Charte québécoise » ou « la Charte du Québec »).

3 Voir par exemple : André MOREL, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction », (1986) 17 *R.D.U.S.* 49 ; David SCHNEIDERMAN, « Dual(ling) Charters : The Harmonics of Rights in Canada and Quebec », (1992) 24 *Ottawa L. Rev.* 235.

4 L'article 33 de la Charte canadienne se lit comme suit :

> **33.** (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte. — *Dérogation par déclaration expresse*
>
> (2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la Charte. — *Effet de la dérogation*
>
> (3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur. — *Durée de validité*
>
> (4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1). — *Nouvelle adoption*
>
> (5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4). — *Durée de validité*

5 L'article 52 de la Charte québécoise se lit comme suit :

> **52**. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte. — *Dérogation interdite*

en analysant ces deux dispositions sous trois angles : celui de leur raison d'être (I), celui de leur exercice (II) et celui de l'effet qu'elles produisent quand on y a recours (III). Et comme en cette matière la *Déclaration canadienne des droits*, loi fédérale de 1960[6], fut en quelque sorte et comme on le verra une inspiratrice, nous examinerons aussi le pouvoir de dérogation établi par son article 2[7].

Avant d'entamer ce développement, une précision terminologique s'impose. Les pouvoirs dérogation sont souvent désignés par l'expression « clause nonobstant », expression ambiguë qui peut désigner soit les trois articles dont il vient d'être question, soit le mécanisme dont ils sont porteurs, soit encore la disposition législative qui y fait appel. Nous éviterons donc d'en faire usage. Pour désigner les trois articles dont il fut question au paragraphe précédent, nous parlerons des pouvoirs de dérogation ; nous parlerons de la disposition dérogatoire ou de dérogation pour désigner l'article de la loi qui fait usage de ces pouvoirs et nous parlerons de la disposition attentatoire pour désigner l'article qui porte atteinte à une garantie des trois instruments présentés plus haut, étant entendu qu'il pourra arriver qu'une

---

6 Partie I (art. 1 à 4) de la *Loi ayant pour objets la reconnaissance et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, S.C. 1959-60, c. 44. En pratique c'est l'ensemble de cette loi qu'on désigne comme la *Déclaration canadienne des droits* (ci-après « la Déclaration canadienne »).

7 L'alinéa introductif de l'article 2 et l'alinéa 5(2) de la Déclaration canadienne se lisent ainsi :

> **2.** Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme [suivent une série de comportements ou pratiques interdites]. — *Interprétation de la législation*
>
> **5.** […]
>
> (2) L'expression « loi du Canada », à la Partie I, désigne une loi du Parlement du Canada, édictée avant ou après la mise en vigueur de la présente loi, ou toute ordonnance, règle ou règlement établi sous son régime, et toute loi exécutoire au Canada ou dans une partie du Canada lors de l'entrée en application de la présente loi, qui est susceptible d'abrogation, d'abolition ou de modification par le Parlement du Canada. — *Définition « loi du Canada »*

même disposition soit à la fois dérogatoire et attentatoire. Mais la dérogation et l'atteinte sont bien souvent dans des articles distincts.

I. La raison d'être des pouvoirs de dérogation

L'article 33 de la Charte canadienne et l'article 52 de la Charte québécoise entraînent, comme on le verra, des résultats non pas identiques mais comparables, ce qui rend d'autant plus étonnant que la raison d'être de l'un n'ait absolument rien à voir avec la raison d'être de l'autre. Plus exactement, ces deux raisons d'être sont tout à fait antithétiques. Voyons cela de plus près, en commençant par la Charte du Québec.

Quand le législateur québécois adopta la *Charte des droits et libertés de la personne* en 1975[8], il aurait pu être tenté, désireux de donner à cette loi plus d'importance qu'à toutes les autres, de prévoir qu'aucune autre loi, présente ou future, n'allait jamais pouvoir porter atteinte aux garanties qu'elle consacre. Mais la maxime voulant que le mieux soit l'ennemi du bien aurait trouvé ici une parfaite illustration tant il est clairement établi, en droit public d'inspiration anglaise, que le principe de la souveraineté du parlement s'oppose à ce que ce dernier s'interdise de légiférer pour l'avenir sur des questions relevant par ailleurs de sa compétence. S'il le fait, pareille restriction ne le lie pas dans le futur, avec la conséquence que la Charte québécoise, qu'on aurait ainsi voulu protéger de façon parfaite, n'aurait pas été protégée du tout. Si la Charte avait été ainsi qualifiée d'immuable, elle aurait quand même pris effet et n'en serait pas devenue invalide pour autant. Clairement rédigée sur ce point, elle aurait pu même avoir prépondérance sur toute loi existante. Mais c'est ce prétendu statut d'immutabilité qui, lui, n'aurait pas été opérant et n'aurait pas résisté aux assauts de lois futures contraires à l'une ou l'autre garantie de la Charte[9].

---

8 L.Q. 1975, c. 6.

9 Un exemple simple est celui d'une loi fédérale imaginaire abolissant la peine de mort et précisant qu'elle ne pourrait jamais être rétablie dans le futur. Cette loi serait valide en tel sens que la peine de mort serait abolie, mais elle n'empêcherait aucunement qu'on la rétablisse dans le futur. On sait que le Canada a aboli la peine de mort en 1976 en rapport avec toutes les infractions sauf quelques infractions militaires à l'égard desquelles elle fut aussi abolie en 1998. Voir : *Loi de 1976 modifiant le droit pénal, n° 2*, S.C. 1974-75-76, c. 105 ; *Loi modifiant la Loi sur la défense nationale et d'autres lois en conséquence*, L.C. 1998, c. 35, art. 24 et suiv.

Ainsi compris, le principe de la souveraineté du parlement bénéficie au parlement futur, celui d'aujourd'hui n'étant pas vraiment souverain puisqu'il est hors de son pouvoir de lier son successeur. Et s'il le pouvait, c'est ce dernier qui perdrait sa souveraineté. Énigme sans solution[10], sous réserve de la solution de compromis suivante, dégagée peu à peu par la doctrine et la jurisprudence[11]. Comme on l'a vu, un parlement ne peut s'interdire de légiférer dans le futur sur les matières de sa compétence. En d'autres termes, il ne peut s'imposer des limitations substantives ou de fond. Mais on convient aujourd'hui qu'il peut se lier par la procédure, par « la manière et la forme »[12], entendant par là qu'il ne s'interdit pas de légiférer mais s'oblige à ne pouvoir le faire que d'une « manière » plus contraignante que ne l'est la procédure parlementaire usuelle – majorité des deux tiers[13], obligation pour un parlement bicaméral de siéger les deux chambres réunies[14], exigence de référendum d'approbation du vote parlementaire[15] – ou qu'en donnant à sa loi une « forme » spéciale – obligation d'y inclure une clause

---

10 Comme l'écrit un auteur : « [I]f Parliament is sovereign, there is nothing it cannot do by legislation ; if there is nothing Parliament cannot do by legislation, it may bind itself hand and foot by legislation ; if Parliament so binds itself by legislation there are things it cannot do by legislation ; and if there are such things Parliament is not sovereign. » Hamish R. GRAY, « The Sovereignty of Parliament Today », (1953) 10 *U. of Tor. L.J.* 54.

11 Pour un bon aperçu de cette longue évolution, voir par exemple Walter R. TARNOPOLSKY, *The Canadian Bill of Rights*, 2e éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1975, p. 87-116.

12 L'expression « manner and form requirements » est aujourd'hui tout à fait consacrée et elle trouve son origine dans l'article 5 du *Colonial Laws Validity Act*, 1865, 28 & 29 Vict., c. 63. Le passage pertinent se lit comme suit :

> « [A]nd every representative Legislature shall, in respect to the colony under its jurisdiction, have [...] full power to make laws respecting the constitution, powers, and procedure of such Legislature : provided that such laws shall have been passed in such manner and form as: may from time to time be required, by any Act of Parliament, letters patent, Order in Council, or colonial law for the time being in force in the colony. »

13 Voir par exemple *Bribery Commissioner* c. *Ranasinghe*, [1965] A.C. 172.

14 *Harris* c. *Minister of the Interior (Voters Case)*, [1952] 2 S.A.L.R. (A.D.) 428.

15 *A.G. for New South Wales* c. *Trethowan*, [1932] A.C. 526. Voir toutefois l'*obiter dictum* du juge Sopinka dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525, 563 et 564, approuvant un passage de *West Lakes Ltd.* c. *South Australia*, (1980) 25 S.A.S.R. 389, 397 et 398 où le juge en chef King est d'avis qu'« [u]ne disposition exigeant qu'une entité qui ne fait pas partie de l'appareil législatif donne son consentement à un certain type de législation [...] ne prescrit pas, à

sacramentelle, par exemple une clause « nonobstant » ou « malgré » qui autorise le parlement à déroger à une loi antérieure à condition de le dire expressément. C'est cette dernière solution qu'a retenue le législateur québécois en 1975 en prévoyant à l'article 52 de la Charte que ses « articles 9 à 38 prévalent sur toute disposition d'une loi postérieure qui leur serait contraire, à moins que cette loi n'énonce expressément s'appliquer malgré la Charte ».

Il faut bien voir que la distinction entre une limite substantive et une limite de forme ne sera pas toujours claire, une limite de forme pouvant être à ce point contraignante qu'elle équivaille à une interdiction de légiférer[16]. Il faut bien voir aussi qu'à la fois dans sa formulation originale, qu'on vient tout juste de reproduire, et sa formulation actuelle[17], l'article 52 de la Charte du Québec pourrait être modifié ou abrogé sans nécessité qu'on ait recours à la clause « malgré ». Pour obvier à cela, il aurait fallu le cadenasser, si l'on peut dire, et assujettir sa modification ou son abrogation à l'exigence même qu'il prévoit pour déroger à d'autres articles de la Charte.

L'exigence posée par l'article 52 de la Charte québécoise, peu contraignante au premier regard, l'est politiquement davantage qu'il n'y paraît puisqu'en confessant son intention de déroger aux droits et libertés, le législateur alerte l'opposition parlementaire et l'opinion publique. C'est du moins ce qu'on pourrait penser en théorie ; en pratique, comme on le verra plus loin, l'efficacité de cette sonnette d'alarme paraît bien réduite. Mais ce qu'il faut surtout bien comprendre, c'est qu'un tel mécanisme a pour effet, non pas d'abaisser le niveau de protection des droits et libertés, mais de le hausser, puisque sans lui la Charte serait exposée à des dérogations, expresses et même implicites, alors qu'avec lui ces dérogations sont inopérantes, la seule dérogation possible étant celle qui s'affiche comme telle.

---

mon sens, un mode ou une forme d'adoption de lois, mais équivaut plutôt à une renonciation dans cette mesure au pouvoir législatif ». Il ne fait aucun doute qu'une loi peut validement exiger d'être approuvée par référendum avant d'entrer en vigueur. Ce qui est douteux, c'est la possibilité pour une autorité législative de s'interdire de légiférer dans le futur sur certaines matières à moins que l'électorat le lui permette.

16 Une exigence d'appui parlementaire unanime serait probablement vue comme une limite substantive déguisée, tout comme peut-être une exigence de référendum du genre de celle dont il est question *supra*, note 15.

17 *Supra*, note 5.

L'invention n'est pas le fait du législateur québécois. On la doit plutôt à la Déclaration canadienne[18], qui consacrait et consacre encore, étant toujours en vigueur, un certain nombre de droits et libertés dans les domaines de compétence fédérale et qui s'octroie prépondérance sur toute loi fédérale, présente ou future, à moins, précise son article 2, qu'une telle loi « ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* »[19]. L'on constate donc que le mécanisme de protection est analogue à celui de l'article 52 de la Charte québécoise. Retenons que les deux instruments ont un statut intermédiaire entre celui d'une loi ordinaire et celui d'une loi constitutionnelle puisqu'à la différence d'une loi ordinaire on n'y peut déroger que selon une formule sacramentelle qu'on pourrait qualifier de compromettante et puisqu'à la différence d'une loi formellement constitutionnelle on peut y déroger sans passer par la procédure de la modification constitutionnelle. Voilà pourquoi on qualifie des lois de ce type[20]

---

18 Précitée, note 6. Mais il y a des exemples beaucoup plus anciens de recours à cette technique. Peu après l'adoption du *Code civil du Bas-Canada* en 1866 et du premier *Code de procédure civile* en 1867, la législature du Québec adopta l'*Acte concernant l'interprétation des Statuts de cette Province*, S.Q. 1867-68, c. VII dont l'article 10 se lisait ainsi : « Le code civil du Bas-Canada et le code de procédure civile du Bas-Canada [...] ont été, et sont en force de loi dans cette province ; et nul acte ou nulle disposition de la législature en aucune manière aura force à l'encontre de quelqu'article de l'un ou de l'autre desdits codes, à moins que tel article n'ait été spécialement désigné dans tel acte. » À la fois à cause de son caractère non constitutionnel et aussi parce qu'il aurait été contredit subséquemment dans d'autres dispositions législatives du Québec, on a refusé de reconnaître le caractère contraignant de cet article dans l'affaire *Société Asbestos Limitée* c. *Société nationale de l'amiante*, [1980] C.S. 331, 337-340, conf. par [1981] C.A. 43, 52-62. Selon nous, ce genre de disposition, dont l'objectif est d'éviter des modifications à des codes opérées par inadvertance, se justifie et doit être considéré en tant que tel comme contraignant. *Contra : Ellen Street Estates Ltd.* c. *Minister of Health*, [1934] 1 K.B. 590 (C.A. R.-U.).

19 Le texte complet est reproduit *supra*, note 7.

20 Pour d'autres exemples de lois du même genre, voir : *Loi sur l'accès aux documents des organismes public et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1, art. 168 ; *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, R.S. of Alberta, 2000, c. H-14, art. 1 ; *Human Rights Code*, R.S. of British Columbia, 1996, c. 210, art. 4 ; *Human Rights Code*, R.S. of Ontario, c. H-19, art. 47(2) ; *Human Rights Act*, R.S. of Prince Edward Island, 1988, c. H-12, art. 1(2) ; *The Saskatchewan Human Rights Act*, S.S., c. S-24.1, art. 44 ; *Human Rights Code*, R.S. of Newfoundland, 1990, c. H-14, art. 5.

de lois quasi constitutionnelles[21], mais d'une quasi-constitutionnalité ascendante puisqu'il s'agit de lois ordinaires que le mécanisme de dérogation qu'elles prévoient hisse au niveau intermédiaire dont il vient d'être question.

Revenons à l'article 52 de la Charte du Québec. Dans sa version originaire, la prépondérance qu'il établissait au profit de celle-ci était doublement limitée : elle ne bénéficiait qu'aux articles 9 à 38 de la Charte et n'assujettissait que les lois postérieures à l'adoption de celle-ci. Cette dernière restriction paraîtra surprenante puisque, comme on l'a vu, c'est sur les lois antérieures que la prépondérance de la Charte aurait pu être établie le plus facilement. Si on les en a exemptées, c'est par crainte d'une multiplication des contestations judiciaires de lois que l'on n'avait pas pris le temps de nettoyer de leurs éventuels conflits avec la Charte, précaution qu'il était plus facile à prendre pour les lois futures. Quant au refus d'accorder valeur prépondérante aux articles 1 à 8 de la Charte, il tint aussi à la crainte que le caractère assez flou des protections qu'ils accordent ne conduise ici encore à trop de contestations judiciaires y faisant appel[22]. Mais tout cela est chose du passé puisqu'en 1982 l'article 52 fut modifié et que ces deux limitations disparurent. Lois antérieures et lois postérieures sont désormais assujetties à la prépondérance de la Charte, cette prépondérance

---

21 L'expression fut employée pour la première fois par le juge Laskin (avant qu'il ne soit juge en chef) dans l'arrêt *Hogan* c. *La Reine*, [1975] 2 R.C.S. 574, 597. Il y écrit : « La *Déclaration canadienne des droits* est à mi-chemin entre un système fondé uniquement sur la *common law* et un système constitutionnel ; on peut à juste titre la décrire comme un document quasi constitutionnel. » Qu'une loi quasi constitutionnelle puisse rendre inopérantes d'autres lois, antérieures ou postérieures, cela ne fait plus de doute aujourd'hui. Voir : *R.* c. *Drybones*, [1970] R.C.S. 282 et *Singh* c. *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, 223 à 239 (notes du juge Beetz), le premier arrêt ayant trait à la primauté de la Déclaration canadienne sur une loi antérieure à celle-ci, le second sur une loi postérieure. Voir toutefois l'étonnant arrêt *Authorson* c. *Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40, où le juge Major, pour la Cour, écrit que « [l]a *Déclaration canadienne des droits* ne protège que les droits qui existaient en 1960, avant son adoption » (p. 52). Sur la primauté de l'article 3 de la Charte du Québec sur une loi antérieure à l'établissement de cette primauté et sur une loi postérieure, voir : *Ford* c. *Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 745 et suiv.

22 On pense par exemple à l'article 3 qui prévoit que « [t]oute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association ».

bénéficiant aux articles 1 à 38 de celle-ci[23]. À ce chapitre, la Déclaration canadienne est fort simple : son article 2 donne primauté à tous les droits qu'elle consacre – et en autorise la dérogation par une clause « nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* – cette primauté s'exerçant sur les lois antérieures et postérieures, comme le précise le deuxième alinéa de son article 5.

Tout ce débat, évoqué précédemment, concernant la question de savoir si le parlement peut se lier pour l'avenir est évidemment et par définition sans pertinence si l'on est en présence d'un document constitutionnel. La hiérarchie des normes fait que pareil document a prépondérance sur les lois et que les distinctions entre forme et fond, lois existantes et lois futures ne sont ici d'aucune pertinence. L'on voit donc tout de suite que quand il fut décidé d'inclure dans la Constitution canadienne une charte des droits, aucun impératif juridique ne commandait l'inclusion dans celle-ci d'une disposition de dérogation. La prépondérance de la *Charte canadienne des droits et libertés* allait juridiquement de soi : la Charte canadienne était partie de la Constitution et « [l]a Constitution [...] est la loi suprême du Canada [qui] rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit »[24].

Quelle est donc la raison d'être de l'article 33 de la Charte canadienne[25] ? C'est tout simplement le fruit d'un compromis politique de dernière heure entre le gouvernement fédéral et les provinces (à l'exception

---

23 Le nouvel article 52, dont le texte est reproduit *supra*, note 5, est issu de l'article 16 de la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61. L'article 34 de cette loi établissait avec une grande précision les dates d'entrée en vigueur du nouvel article 52. La crainte, évoquée précédemment, que la préséance des articles 1 à 8 de la Charte n'engendre trop de contestations judiciaires fut dissipée par l'introduction, opérée par l'article 2 de cette même loi modificatrice, d'une disposition limitative devenue l'article 9.1 de la Charte, applicable aux articles 1 à 9 de celle-ci. Il n'a jamais été envisagé d'étendre la primauté de la Charte au-delà de son article 38, puisque ni les droits économiques et sociaux (art. 39 à 48), à cause de leur caractère programmatoire, ni les dispositions spéciales et interprétatives (art. 49 à 56), ni le reste de la Charte, qui contient des dispositions d'application, ne se prêtent à une telle primauté. Les articles 1 à 38 furent rendus applicables aux lois antérieures après qu'on ait modifié 112 lois de façon à s'assurer de leur conformité à la Charte. Voir : *Loi modifiant diverses dispositions législatives eu égard à la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1986, c. 95.

24 *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 1, art. 52(1).

25 Reproduit *supra*, note 4.

du Québec), le premier tenant à l'inclusion d'une charte des droits dans la Constitution alors que plusieurs provinces y étaient opposées. On se rallia donc à l'inclusion, avec possibilité pour le Parlement fédéral et les législatures des provinces de déroger aux articles 2 et 7 à 15 de la Charte[26]. À la différence par exemple du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* dont l'article 4 autorise les États parties, en cas de « danger public exceptionnel », à déroger aux garanties qu'il prévoit, sauf importantes exceptions[27], le pouvoir octroyé par l'article 33 de la Charte ne se limite en aucune façon aux situations d'urgence, et à l'image de l'ensemble de l'article le choix de limiter l'exercice de ce pouvoir aux articles 2 et 7 à 15 fut lui aussi essentiellement politique et n'eut rien d'une hiérarchisation raisonnée comme celle du Pacte.

Ce compromis de novembre 1981, certains y avaient déjà pensé[28] mais le gouvernement fédéral jusqu'à cette date n'avait jamais accepté pareille solution. Comme on le verra plus loin, la discrétion octroyée par l'article 33 est mieux encadrée que celle des articles 52 de la Charte québécoise et 2 de la Déclaration, ce qui nous rappelle que la marge de manœuvre dont disposaient les rédacteurs de l'article 33 était beaucoup plus grande que celle dont dispose le législateur quand il veut donner à une de ses lois un effet prépondérant. Quoi qu'il en soit, même si l'expression « loi quasi constitutionnelle » est habituellement réservée à des lois du parlement, rien ne paraît faire obstacle à ce qu'on qualifie de la même façon les articles 2 et 7 à 15 de la Charte canadienne. L'important est toutefois de bien voir qu'il s'agit d'une quasi-constitutionnalité descendante puisque l'effet

---

26 Voir entre autres James G. MATKIN, « The Negociation of the Charter of Rights : The Provincial Perspective », dans Joseph M. WEILER et Robin M. ELLIOT (dir.), *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Carswell, 1986, p. 27.

27 Toujours aux termes de l'article 4, les mesures d'exception ne peuvent entraîner « une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale » et aucune dérogation n'est autorisée au droit à la vie (art. 6), à la prohibition des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 7), à la prohibition de l'esclavage (art. 8), à la prohibition de la prison pour dettes (art. 11), à la non-rétroactivité de l'infraction pénale (art. 15), à l'octroi de la personnalité juridique (art. 16) et à la liberté de religion (art. 18).

28 Il est toutefois fort difficile d'établir avec exactitude la paternité de ce qui allait devenir l'article 33 de la Charte canadienne, comme l'a bien montré Tsvi Kahana dans « Understanding the Notwithstanding Mechanism », (2002) 52 :2 *U. of Tor. L.J.* 221, 226, note 22.

de l'article 33 n'est pas de hausser mais bien de diminuer la protection dont ils sont l'objet.

Comme nous le verrons maintenant, les modalités d'exercice des pouvoirs de dérogation octroyés par les articles 33 de la Charte canadienne, 52 de la Charte québécoise et 2 de la Déclaration canadienne posent assez peu de problèmes, si bien qu'après les avoir brièvement passées en revue nous nous attarderons surtout aux situations où l'on a fait effectivement usage de ces pouvoirs.

II. Les modalités d'exercice et les exercices effectifs des pouvoirs de dérogation

On l'a déjà souligné, c'est l'article 33 de la Charte canadienne qui encadre le plus précisément le pouvoir de dérogation. Il est donné au Parlement et aux législatures, qui doivent spécifier, parmi les articles 2 et 7 à 15, ceux auxquels elles veulent déroger (par l'emploi du mot « indépendamment » desdits articles), pareilles dérogations opérant pour une durée maximale de cinq années, bien que renouvelables. Comme l'a clairement établi l'arrêt *Ford*[29], ce pouvoir est discrétionnaire et l'on peut déroger à tous ces articles ou à certains seulement, sans nécessité de justification, tout comme l'on peut, par une loi, prévoir l'insertion d'une disposition dérogatoire dans toutes les lois existantes. C'est ce que l'Assemblée nationale du Québec a pu faire validement par une loi sanctionnée le 23 juin 1982[30]. Cette dérogation, qu'on pourrait qualifier de maximale, ne satisfaisait pas pleinement le législateur québécois qui a voulu au surplus la faire rétroagir au 17 avril précédent, date d'entrée en vigueur de la Charte canadienne, pour toutes les lois en vigueur à cette date, la dérogation rétroagissant au moment de leur entrée en vigueur pour les lois adoptées entre le 17 avril et le 23 juin. Tout comme une loi ordinaire qui, pour avoir une portée rétroactive, doit le prévoir clairement, l'article 33, toujours selon l'arrêt *Ford*, aurait dû être dépourvu d'ambiguïté sur ce point pour donner prise à des dérogations rétroactives. Ce qui n'était pas le cas, d'où l'invalidité de la disposition portant rétroactivité. Nous y revenons un peu plus loin.

L'article 52 de la Charte québécoise est beaucoup plus sommaire. On y énonce d'abord l'impossibilité pour une loi de déroger à ses articles 1 à

---

29 *Ford* c. *Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, 733-745.

30 *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, L.Q. 1982, c. 21.

38, sous réserve d'une disposition dérogatoire qui identifie, non pas les articles de la Charte auxquels elle entend déroger, mais les dispositions de la loi (dispositions attentatoires) que l'on veut voir s'appliquer « malgré la Charte », cette expression étant d'usage obligatoire pour que la dérogation soit valide[31]. Le véhicule de la dérogation doit, selon l'article 52, être une « loi » (« *Act* » dans le texte anglais), ce qui peut poser problème du fait que l'article 56.3 définit la loi comme incluant « un règlement, un décret, une ordonnance ou un arrêté en conseil pris sous l'autorité d'une loi ». En dépit de cela, il nous paraît certain que seule l'Assemblée nationale peut exercer

---

31 Même si l'article 52 ne l'y oblige pas, il est arrivé souvent, comme nous le verrons plus loin, que le législateur québécois identifie le ou les articles de la Charte auxquels il entendait déroger. Quant à l'obligation d'identifier, dans la loi dérogatoire, les dispositions attentatoires, c'est-à-dire les dispositions de cette dernière qui dérogent à la Charte, on peut se demander à quel point elle est contraignante. Si le législateur estime que la totalité d'une loi déroge à la Charte, il serait formaliste d'exiger qu'il fasse l'énumération de tous ses articles par leurs numéros. « La présente loi s'applique malgré la Charte » demeure, selon nous, une formulation conforme à l'article 52. Voir par exemple : *Loi assurant la reprise des services dans les collèges et les écoles du secteur public*, L.Q. 1983, c. 1, art. 28. De toute évidence, il n'y a pas d'obstacle à ce qu'au lieu de mettre la disposition dérogatoire et la disposition attentatoire dans deux articles différents, on les joigne dans un même article, la disposition attentatoire étant ainsi fort bien identifiée. Plus douteuse est la validité de l'identification de dispositions attentatoires par leur teneur plutôt que par leurs numéros d'articles, comme par exemple les deux formulations suivantes : « Les dispositions de la présente loi qui accordent des droits et privilèges à une confession religieuse s'appliquent malgré les articles 3 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne* » (*Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-133, art. 726) ou encore : « Malgré les articles 3 et 10 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, l'intégration de croyances et de valeurs religieuses d'une confession dans un projet éducatif ou la reconnaissance confessionnelle d'une école ne porte pas atteinte à l'égalité dans la reconnaissance et l'exercice des libertés de conscience et de religion pour le seul motif que toutes les personnes qui fréquentent l'école ne partagent pas ces croyances et valeurs religieuses » (*Loi sur l'enseignement primaire et secondaire*, L.Q. 1984, c. 39, art. 80, dont il est question *infra*, note 52). À la réflexion, il nous semble toutefois que, comme le législateur peut soustraire une loi en entier de l'emprise de la Charte, il doit pouvoir faire de même pour un groupe d'articles identifiés par leur contenu, l'identification des articles attentatoires étant quand même plus claire en ce dernier cas que dans le premier. Dans leur ouvrage *Texte annoté de la Charte des droits et libertés de la personne*, Jean-Maurice Brisson (1re éd.) et Yves Deschênes (2e éd.) semblent d'un avis différent sur ce point (p. 144 et 145). Notons qu'on y trouve (p. 143 à 145) une liste exhaustive des dispositions de dérogation à la Charte québécoise depuis son adoption jusqu'en 1989, année de la seconde édition de ce livre.

le pouvoir de dérogation, qu'elle ne peut en aucun cas déléguer à qui que ce soit, cette dernière conclusion s'appliquant au « Parlement » ou [à] la législature d'une province » dont parle l'article 33 de la Charte canadienne et au « Parlement du Canada » dont parle l'article 2 de la Déclaration canadienne. Certes les pouvoirs législatifs que la Constitution, en particulier les articles 91 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867*[32], octroient au Parlement fédéral et aux législatures des provinces peuvent faire l'objet de leur part d'une délégation. Mais le pouvoir de dérogation, et cela dans le cadre des trois instruments dont il est question ici, est d'une nature tout à fait particulière, son exercice ayant été conçu comme une alerte essentiellement parlementaire, dont les membres de tous les partis, les médias et le grand public doivent avoir pleine connaissance. Ce serait dénaturer radicalement le mécanisme de permettre par exemple au Conseil des ministres d'en faire usage dans le huis clos et le secret de ses délibérations[33].

Ce que l'arrêt *Ford* nous a appris de l'article 33 de la Charte canadienne, notamment le caractère discrétionnaire de la dérogation et la possibilité de déroger à tout ce à quoi il est possible de déroger et sans nécessité de justification, paraît applicable à l'article 52 de la Charte québécoise et à l'article 2 de la Déclaration canadienne, à une exception près. Si l'on interprétait ces deux instruments comme interdisant les dérogations rétroactives, la limitation ne serait plus procédurale mais substantive, par conséquent contraire à la souveraineté parlementaire et sans effet[34]. Cet obstacle n'en était pas un dans le cas de l'article 33 de la Charte canadienne, disposition constitutionnelle soustraite aux contraintes de la souveraineté parlementaire. Mais l'interdiction des dispositions dérogatoires rétroactives que

---

32 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

33 Interpréter comme nous le faisons ici l'article 52 de la Charte québécoise ne prive pas de toute utilité son article 56.3, précité, qui servira par exemple à interpréter les expressions « dans la mesure prévue par la loi » et « sauf dans la mesure prévue par la loi » qu'on retrouve dans de nombreux articles de la Charte. Sur ce point, la rédaction de la Déclaration canadienne est plus satisfaisante puisqu'une loi dérogatoire y est identifiée comme « une loi du Parlement du Canada » alors qu'on y parle de « loi du Canada » pour désigner les normes fédérales assujetties à la Déclaration. Voir ses articles 2 et 5(2), reproduits *supra*, note 7.

34 L'Assemblée nationale a déjà dérogé rétroactivement à la Charte québécoise. Voir les trois lois dont il est question *infra*, note 39, qui contiennent des dérogations à l'article 10 de la Charte québécoise rétroactivement à son entrée en vigueur le 27 juin 1975. Ces trois lois dérogent aussi, cette fois inconstitutionnellement, à l'article 15 de la Charte canadienne rétroactivement à son entrée en vigueur le 17 avril 1982.

l'arrêt *Ford* a fait découler de cet article nous invite à poser la question suivante : aucune des compétences législatives octroyées par les articles 91 et suivants de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'autorise clairement la rétroactivité et pourtant personne n'a jamais mis en doute que, sous réserve des Chartes[35], une loi pouvait validement avoir un effet rétroactif. La solution à cette difficulté tient probablement à la nature particulière d'une compétence législative, étrangère aux limitations temporelles et exigeant seulement que la loi porte vraiment sur la matière de la compétence en question. Il en irait différemment d'une dérogation aux droits et libertés.

Telles sont les modalités d'exercice des pouvoirs de dérogation qu'on retrouve dans les Chartes canadienne et québécoise ainsi que dans la Déclaration canadienne. Il reste à voir si on les a exercés souvent et en rapport avec quels genres de loi[36].

Commençons par la Charte canadienne et parlons d'abord du Québec. On sait que par la *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*[37], sanctionnée le 23 juin 1982, une disposition de dérogation aux articles 2 et 7 à 15 de la Charte fut insérée dans toutes les lois existantes du Québec ; une même disposition fut aussi insérée, au fur et à mesure de leur adoption, dans toutes les lois postérieures, cette pratique s'étant terminée en décembre 1985. Les insertions systématiques ayant eu pour objectif de protester contre la réforme constitutionnelle de 1982 et non, sauf exceptions[38], de constituer des dérogations véritables à la Charte, nous n'en dirons pas plus ici à leur sujet. Si donc on les excepte, le Québec affiche la douteuse perfor-

---

35 Les articles 11(g) de la Charte canadienne et 37 de la Charte du Québec interdisent la rétroactivité de la loi pénale.

36 Notre analyse de cette question doit beaucoup à l'excellent article de Tsvi KAHANA, « The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion : Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter », (2001) 44 *Administration publique du Canada* 255.

37 Précitée, note 30.

38 Il est très difficile de déterminer si, dans certains cas, le législateur québécois a inséré sa disposition de dérogation aussi parce qu'il la croyait nécessaire eu égard au contenu d'une loi donnée ; et c'est là un exercice auquel nous ne nous livrerons pas. Un bon indice de pareille intention est lorsque dans sa loi le législateur a aussi dérogé à la Charte québécoise. Voir par exemple *Loi sur l'enseignement primaire et secondaire*, L.Q. 1984, c. 39, art. 80, qui déroge, au titre de la religion, aux articles 3 et 10 de la Charte du Québec, et art. 654, qui contient la dérogation standard à la Charte canadienne.

mance d'être encore loin en tête quant au nombre de lois porteuses de dispositions dérogatoires qu'il a adoptées, soit treize, sans compter bien sûr les renouvellements, contre une pour l'Alberta, la Saskatchewan et le Yukon respectivement. Voyons cela de plus près.

Ces treize dispositions dérogatoires se sont retrouvées, ou dans certains cas se retrouvent encore, dans quatre types de loi. Ce sont d'abord les lois sur les régimes de retraite, au nombre de cinq et qui, dans la mesure où elles distinguent entre hommes et femmes en particulier quant à l'âge d'éligibilité à la pension, ont fait craindre des contestations sous l'article 15 de la Charte canadienne aux titres de l'âge et du sexe, d'où une disposition dérogatoire à ce dernier dans chacune de ces lois[39]. Il y a aussi le domaine important et complexe de l'éducation : craignant des contestations, sous les articles 2 et 15 de la Charte canadienne, au titre de la religion, des dispositions de six lois accordant « des droits et privilèges à une confession religieuse », on inséra dans ces six lois une disposition de dérogation à ces deux articles[40]. Le troisième domaine est celui des octrois gouvernementaux où

---

[39] *Loi sur le régime de retraite de certains enseignants*, L.R.Q., c. R-9.1, art. 62 ; *Loi sur le régime de retraite des employés du gouvernement et des organismes publics*, L.R.Q., c. R-10, art. 223.1 ; *Loi sur le régime de retraite des enseignants*, L.R.Q., c. R-11, art. 78.1 ; *Loi sur le régime de retraite des fonctionnaires*, L.R.Q., c. R-12, art. 114.1 ; *Loi sur le régime de retraite du personnel d'encadrement*, L.R.Q., c. R-12.1, art. 211. La disposition de dérogation prévue par la première loi opère pour toute la loi alors que pour les autres lois elle précise à quels articles elle bénéficie. Les cinq lois dérogent aussi à l'article 10 de la Charte québécoise. Les deuxième, troisième et quatrième lois dérogent à l'article 15 de la Charte canadienne rétroactivement à son entrée en vigueur le 17 avril 1985 et à l'article 10 de la Charte du Québec rétroactivement à son entrée en vigueur le 27 juin 1975. La disposition dérogatoire des quatre premières lois origine de la *Loi sur les régimes de retraite de certains enseignants et modifiant diverses dispositions législatives concernant les régimes de retraite des secteurs public et parapublic*, L.Q. 1986, c. 44, art. 62, 87, 97 et 105.

[40] Les six lois suivantes dérogeaient – les troisième et quatrième dérogent encore – aux articles 2 et 15 de la Charte canadienne et 3 et 10 de la Charte québécoise. *Loi sur le Conseil supérieur de l'éducation*, L.R.Q., c. C-60, art. 31 et 32, abrogés par la *Loi modifiant diverses dispositions législatives dans le secteur de l'éducation*, L.Q. 2000, c. 24, art. 15 et 16 ; *Loi sur le ministère de l'éducation, du loisir et du sport*, L.R.Q., c. M-15, art. 17 et 18, abrogés par la loi modificatrice précitée, art. 50 et 51 ; *Loi sur l'instruction publique pour les autochtones, cris, inuit et naskapis*, L.R.Q., c. I-14, art. 720 et 721 ; *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q., c. I-13.3, art. 726 et 727 ; *Loi sur les élections scolaires*, L.R.Q., c. E-2.3, art. 283 (abrogé) et 284 (a cessé d'avoir effet le 1er juillet 1999) ; *Loi sur l'enseignement privé*, L.R.Q., c. 9.1, art. 175 (abrogé) et 176 (a cessé d'avoir effet le 1er juillet 1998).

l'on retrouvait une seule loi identifiant les bénéficiaires notamment d'après leur âge ; on y inséra donc une disposition de dérogation à l'article 15 de la Charte canadienne[41]. Le quatrième et dernier domaine – le seul en vérité où la dérogation n'est pas passée inaperçue – est le domaine linguistique : la Cour suprême ayant invalidé les dispositions de la *Charte de la langue française* instituant l'unilinguisme français dans l'affichage commercial et les raisons sociales[42], le législateur y inséra une disposition de dérogation, aux titres de la liberté d'expression et de la langue, aux articles 2(b) et 15 de la Charte canadienne pour contrer l'effet de ce jugement[43].

Qu'en est-il des dérogations de l'Alberta, de la Saskatchewan et du Yukon ? En 2000, le législateur albertain adopta une modification à la *Marriage Act*[44] afin de bien préciser que le mariage était un engagement entre un homme et une femme seulement. On y inséra une disposition de dérogation à toutes les garanties de la Charte canadienne auxquelles il est possible de déroger, soit à ses articles 2 et 7 à 15[45]. La Saskatchewan dérogea à l'article 2(d) de la Charte canadienne dans une loi de 1986 de retour forcé de ses fonctionnaires au travail, croyant que la liberté d'association garantie par cet article incluait le droit à la grève[46]. Enfin le Yukon dérogea à l'article 15 de la Charte canadienne dans une loi de 1982 de crainte d'une

41 *Loi modifiant la Loi favorisant la mise en valeur des exploitations agricoles*, L.Q. 1986, c. 54, art. 16 où il est précisé que les articles 3 et 5, où il est fait usage de l'âge comme critère, ont effet indépendamment de l'article 15 de la Charte canadienne. Cette loi fut remplacée l'année suivante par la *Loi sur le financement agricole*, L.Q. 1987, c. 86, art. 153, loi ne contenant pas de disposition de dérogation.

42 *Ford* c. *Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, invalidant les articles 58 et 69 de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11.

43 *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1988, c. 54, art. 1 et 6, où fut insérée une disposition dérogeant aux articles 2(b) et 15 de la Charte canadienne et aux articles 3 et 10 de la Charte du Québec. Cette disposition dérogatoire a cessé d'avoir effet avec l'adoption de la *Loi modifiant la Charte de la langue française*, L.Q. 1993, c. 40.

44 *Marriage Act*, R.S.A., c. M-6.

45 *Marriage Amendment Act*, S.A. 2000, c. 3, art. 5. On dérogea aussi au *Alberta Bill of Rights* dans son entier. Il semble que la disposition dérogatoire à la Charte canadienne n'ait pas été renouvelée.

46 *An Act to Provide for Settlement of a Certain Labour-Management dispute between the Government of Saskatchewan and the Saskatchewan Governments Employees Union*, S.S. 1984-85-86, c. 111, art. 9. Cette disposition dérogatoire cessa d'avoir effet en 1991 et n'eut évidemment pas à être renouvelée. Quoi qu'il en soit, la Cour

contestation de certaines nominations faites par le Conseil des Indiens du Yukon[47]. On connaît enfin au moins deux exemples, tous deux albertains, où la dérogation demeura à l'état de projet. En mars 1988, le gouvernement albertain déposa devant la législature un projet de loi limitant le montant des réclamations que les victimes de la stérilisation obligatoire – imposée aux déficients mentaux par une loi albertaine de 1928 à 1972 – pouvaient exiger du gouvernement et on y inséra une disposition de dérogation aux articles 2 et 7 à 15 de la Charte canadienne, dérogation bénéficiant à toute la loi[48]. Ce projet de loi fut très vite retiré suite à de fortes protestations. Cette mauvaise expérience gouvernementale explique probablement pourquoi le gouvernement de l'Alberta, bien qu'il y ait songé, décida de ne pas faire usage du pouvoir de dérogation de l'article 33 de la Charte canadienne après que la Cour suprême, dans un jugement rendu le 2 avril 1998 et qui prend appui sur son article 15[49], ait ajouté l'orientation sexuelle aux motifs interdits de discrimination prévus à l'*Individual Rights Protection Act* de l'Alberta[50].

Quant au Parlement fédéral, il n'a jamais adopté de disposition de dérogation à la Charte canadienne.

Voyons maintenant ce qui en est de l'exercice du pouvoir de dérogation conféré par l'article 52 de la Charte du Québec. Comme nous l'avons déjà noté, cet article n'exigeant pas que le législateur québécois spécifie à quel article de la Charte il entend déroger, quoiqu'il le fasse à l'occasion, il est difficile de comptabiliser le nombre exact de dérogations opérées sous l'article 52. Il est aisé toutefois de constater que plus de 30 lois contenant des dispositions dérogatoires furent adoptées à ce jour, si bien que le moins

---

suprême devait décider peu de temps après que la liberté d'association n'incluait pas le droit à la grève : *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313. La loi dérogea aussi au *Saskatchewan Human Rights Act* dans son entier.

47 *Land Planning and Development Act*, S.Y. 1982, c. 22, art. 39(1). T. Kahana rapporte (*loc. cit.*, note 36, 258) que cette loi ne fut jamais mise en vigueur ni abrogée.

48 *Institutional Confinement and Sexual Sterilization Compensation Act* (projet de loi 26, 2e session, 24e législature, 1998), qui dérogeait aussi au *Alberta Bill of Rights* dans son entier. Voir T. KAHANA, *loc. cit.*, note 36, 271 et 272 au sujet du contexte de ce projet de loi.

49 *Vriend* c. *Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

50 Aujourd'hui intitulé *Human Rights, Citizenship and Multiculturalism Act*, précité, note 20.

que l'on puisse dire est que l'article 52 n'est pas demeuré hors d'usage. Douze de ces lois ont été évoquées précédemment, cinq étant relatives à des régimes de retraite et dérogeant, en raison des distinctions qu'elles font entre hommes et femmes, à l'article 10 de la Charte québécoise, assurément au titre du sexe[51], et six autres étant relatives à l'éducation et dérogeant aux articles 3 et 10 de cette même Charte, assurément au titre de la religion parce qu'elles font état du fait qu'elles accordent « des droits et privilèges à une confession religieuse »[52]. Une dernière loi déjà évoquée et qui, comme on le verra, fit grand bruit, la *Loi modifiant la Charte de la langue française*[53], fut adoptée suite au jugement de la Cour suprême déclarant inconstitutionnel l'unilinguisme français dans l'affichage commerciale et les raisons sociales[54] et dérogea aux articles 3 (liberté d'expression) et 10 (discrimination fondée sur la langue) de la Charte du Québec.

Plusieurs lois québécoises ont précisé à quelle(s) garantie(s) de la Charte du Québec elles entendaient déroger. Passons-les en revue. Trois lois obligeant des professionnels à faire certaines divulgations ont précisé s'appliquer « malgré l'article 9 » de la Charte québécoise relatif au secret professionnel[55]. Deux autres lois ont dérogé expressément à l'article 33 relatif à l'audition impartiale, l'une pour généraliser la règle du huis clos que l'article

---

51 *Supra*, note 39, où ces cinq lois dérogatoires, toujours en vigueur, sont citées. Elles font des distinctions en fonction de l'âge et du sexe mais on présume que c'est au titre du sexe qu'elles dérogent à l'article 10 puisque ce dernier interdit les distinctions fondées sur l'âge « sauf dans la mesure prévue par la loi ».

52 *Supra*, note 40, où ces six lois, dont deux dérogent encore à la Charte du Québec, sont citées. Une autre loi de la même catégorie, abrogée en 1988, était porteuse d'une disposition de dérogation différente reproduite *supra*, note 31. Voir la *Loi sur l'enseignement primaire et secondaire*, L.Q. 1984, c. 39, art. 80, invalidée en entier dans la décision *Quebec Association of Protestant School Boards* c. *A.-G. for Quebec*, [1985] C.S. 872 et abrogée par la *Loi sur l'instruction publique*, L.Q. 1988, c. 84, art. 592.

53 Précitée, note 43.

54 *Ford* c. *Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

55 *Loi modifiant la Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1981, c. 2, art. 9 ; *Code de la sécurité routière*, L.Q. 1981, c. 7, art. 533. Sans doute avec la venue de la disposition limitative de l'article 9.1 de la Charte, la disposition de dérogation à l'article 9 a disparu dans les deux cas. Voir : L.Q. 1984, c. 4, art. 19 et L.Q. 1986, c. 91, art. 603. Aussi : *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q., c. S-29.01, art. 151, 276 et 385.

autorise exceptionnellement[56], l'autre pour des motifs plus diffus[57]. En ce dernier cas, le législateur a aussi dérogé à l'article 34, garantissant le droit aux services d'un avocat, et une autre loi l'a aussi fait dans le cas de certains litiges fiscaux[58]. On a dérogé à l'article 33, sur la présomption d'innocence, dans une loi de retour au travail[59], et une loi rétroactive visant à se conformer à un jugement de la Cour suprême en matière linguistique[60] a précisé s'appliquer « malgré l'article 37 » relatif à la non-rétroactivité de la loi pénale[61]. Enfin, à deux reprises, le législateur a dérogé à l'article 10 (le contexte indiquant qu'il s'agissait de discrimination fondée sur le handicap), dans le premier cas pour se prémunir contre les recours intentés par les personnes handicapées[62], dans le deuxième pour s'assurer qu'un traitement préférentiel pour elles pour l'embauche ne serait pas contesté.[63]

Ce dernier cas, qui en est un de dérogation ne précisant pas l'article de la Charte québécoise dont on voulait écarter l'application, nous amène à passer en revue les autres cas du même genre. Quand une loi déroge à la Charte québécoise sans spécifier à quelle(s) garantie(s) de cette dernière elle entend déroger tout en précisant toutefois les articles attentatoires de la loi, il est en général facile d'inférer de la lecture de ces derniers la ou les garanties auxquelles ils veulent se soustraire[64]. Par exemple, trois lois ont

---

56 *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.Q. 1977, c. 20, art. 82, maintenant à L.R.Q., c. P-34.1, art. 82.

57 *Loi favorisant la libération conditionnelle des détenus*, L.Q. 1978, c. 22, art. 44, maintenant à L.R.Q., c. L-1.1, art. 44.

58 *Loi modifiant diverses lois fiscales en vue d'instituer un nouveau recours pour les contribuables*, L.Q. 1983, c. 47, art. 2, insérant cette dérogation dans la *Loi sur le ministère du revenu*, L.R.Q., c. M-31, art. 93.18.

59 *Loi sur la reprise de la prestation des soins médicaux au Québec*, L.Q. 1982, c. 20, art. 16.

60 *Procureur général du Québec* c. *Blaikie*, [1979] 2 R.C.S. 1016.

61 *Loi concernant un jugement rendu par la Cour suprême du Canada le 13 décembre 1979 sur la langue de la législation et de la justice au Québec*, L.Q. 1979, c. 61, art. 6.

62 *Loi assurant l'exercice des droits des personnes handicapées*, L.Q. 1978, c. 7, art. 70, 71 et 72, articles abrogés par L.Q. 2004, c. 31, art. 49.

63 *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, c. 61, art. 26. Notons que l'on n'y retrouve que l'expression « malgré la Charte », expression qui renvoie implicitement à l'article 10 au titre du handicap puisque l'article 26 modifie la loi citée à la note précédente ; article abrogé par L.Q. 2004, c. 31, art. 44.

64 Voir l'exemple cité à la note précédente.

dérogé implicitement à l'article 34, relatif au droit à l'avocat, ce que la lecture des articles attentatoires rendait facile à deviner[65]. Il en est allé de même pour une loi dérogeant implicitement dans l'une de ses dispositions à la présomption d'innocence, garantie par l'article 33. L'article attentatoire rendait cela manifeste[66]. Autre exemple du même genre : si une loi précise que deux de ses articles s'appliquent malgré la Charte et que ces deux articles autorisent la mise sur pied de programmes d'accès à l'égalité pour les femmes, les handicapés et les autochtones, point n'est besoin d'être doté d'une perspicacité particulière pour conclure que l'atteinte a quelque chose à voir avec l'article 10 de la Charte[67]. La même conclusion s'impose dans le cas d'une loi dont plusieurs dispositions opèrent des distinctions, par exemple sur la citoyenneté, l'âge, la santé mentale, la langue et le fait d'être conjoint. Quand cette loi précise que ces dispositions s'appliquent malgré la Charte, on voit tout de suite que l'article 10 est dans le décor[68]. L'inférence pourra être très difficile, sinon impossible, quand la loi se contente de dire qu'elle s'applique malgré la Charte[69]. Elle sera aussi impossible si, avec la plus grande attention et la meilleure volonté du monde, on ne parvient absolument pas à voir pourquoi le législateur a prévu que certains articles de sa loi dérogeaient à la Charte[70] !

Le tableau des dérogations à la Déclaration canadienne est infiniment plus facile à dresser. Disons d'abord qu'au moment de l'adoption de cette

---

65 *Loi autorisant les municipalités à percevoir un droit sur les mutations immobilières*, L.Q. 1976, c. 30, art. 16, maintenant à L.R.Q., c. D-15.1, art. 16, la disposition de dérogation ayant disparu ; *Loi modifiant le Code de procédure civile*, L.Q. 1977, c. 73, art. 43, aujourd'hui l'article 959 du *Code de procédure civile* ; *Loi sur la Régie du logement*, L.Q. 1979, c. 48, art. 73, maintenant à L.R.Q., c. R-8.1, art. 73.

66 *Loi concernant les services de santé de certains établissements*, L.Q. 1976, c. 29, art. 14.

67 *Loi sur la fonction publique*, L.Q. 1983, c. 55, art. 168, qui a cessé d'avoir effet quand la Charte fut modifiée afin de comporter des dispositions spécifiques sur les programmes d'accès à l'égalité. L.Q. 1982, c. 61, art. 21 qui a inséré dans la Charte ses articles 86 à 92.

68 *Loi sur les jurés*, L.Q. 1976, c. 9, art. 58, maintenant L.R.Q., c. J-2, art. 52.

69 *Loi assurant la reprise des services dans les collèges et les écoles du secteur public*, L.Q. 1983, c. 1, art. 28.

70 Voir par exemple *Loi modifiant la Loi sur les poursuites sommaires, le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1982, c. 32, art. 100, abrogé à L.Q. 1982, c. 61, art. 27. On ne voit pas en quoi la sélection au mérite dans la fonction publique pouvait faire problème par rapport à la Charte !

loi fédérale en 1960[71], on y inséra une disposition, l'article 6, qui modifiait la *Loi sur les mesures de guerre*[72] en ajoutant un cinquième alinéa à son article 6. Cet alinéa prévoyait que tout ce qui peut être accompli sous l'autorité de cette dernière loi « est censé ne pas constituer une suppression, une diminution ou une transgression d'une liberté ou d'un droit quelconque reconnu par la *Déclaration canadienne des droits* ». Il s'ensuivit que quand, au matin du 16 octobre 1970, le cabinet fédéral adopta, sous l'autorité de la *Loi sur les mesures de guerre*, le *Règlement de 1970 concernant l'ordre public*[73], il n'eut pas à se soucier de sa conformité à la Déclaration canadienne. Mais il en alla autrement quand, moins de deux mois plus tard, le gouvernement voulut mettre fin à cet état d'exception en décidant de révoquer la proclamation d'application de la *Loi sur les mesures de guerre* et de remplacer le règlement précité par la *Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires)*[74]. Le premier alinéa de l'article 12 de celle-ci se lisait ainsi : « Il est par les présentes déclaré que la présente loi s'applique nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* ». C'est la seule et unique fois que le Parlement a, à ce jour, dérogé à la Déclaration canadienne[75], la seule autre disposition dérogatoire à celle-ci ayant été adoptée par le Yukon dans une loi de 1982 dont il fut question précédemment et qui dérogea aussi à l'article 15 de la Charte canadienne. Il vaut la peine de rappeler ici que la *Loi sur les mesures de guerre* fut abrogée et remplacée en 1988 par la *Loi sur les mesures d'urgence*[76], dont le troisième alinéa du préambule précise que la Déclaration canadienne et la Charte canadienne sont appli-

---

71 Précitée, note 6.

72 L.R.C. (1985), c. W-2.

73 C.P. 1970-1808.

74 L.C. 1970-71-72, c. 2, dont l'article 13 révoqua la proclamation de l'urgence faite le 16 octobre précédent.

75 Cette dérogation était en réalité plus limitée que ce qu'on vient de dire puisque l'article 12 de la *Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires)* comportait un deuxième alinéa précisant que les garanties de l'article 2 de la Déclaration canadienne continuaient d'être applicables, à deux exceptions près : celle interdisant la détention ou l'emprisonnement arbitraires (alinéa a) et celle interdisant de priver quelqu'un, sans juste cause, d'un cautionnement raisonnable (alinéa f), la juste cause étant ici présumée, moyennant certaines conditions. Il est plus que probable que, sans ces deux dérogations, la *Loi de 1970 concernant l'ordre public (mesures provisoires)* aurait été jugée contraire à ces deux garanties.

76 L.C. 1988, c. 29, dont l'article 80 abroge la *Loi sur les mesures de guerre*.

cables aux mesures que le gouvernement fédéral peut éventuellement adopter en vertu de cette loi[77].

Ce qui ressort le plus clairement des développements qui précèdent et qui ont trait à l'exercice des pouvoirs de dérogation aux droits et libertés est la fréquence et la facilité avec lesquelles l'Assemblée nationale du Québec a eu recours à ceux octroyés par l'article 33 de la Charte canadienne et par l'article 52 de la Charte québécoise. Comment expliquer que le Québec ait pu se démarquer, à ce point et si tristement, des autres gouvernements du Canada ? Réservons nos commentaires sur cette délicate question pour la conclusion finale de cette étude et attardons-nous plutôt pour l'instant aux effets des dispositions de dérogation aux droits et libertés.

III. Les effets des dérogations aux droits et libertés

Nous nous sommes intéressé, dans la section précédente, d'abord à la façon dont les pouvoirs de dérogation aux droits et libertés doivent être juridiquement exercés, ensuite aux utilisations concrètes qui en ont été faites. Le même genre de problématique se retrouvera ici en tel sens que seront d'abord examinés les effets juridiques des dispositions de dérogation, puis leurs effets pratiques, c'est-à-dire la question de savoir si ce mécanisme d'alerte ou cette sonnette d'alarme qu'on y voit théoriquement et dont il fut question dans la première section de cette étude existent vraiment dans la réalité.

Parlons d'abord de l'effet juridique d'une disposition de dérogation adoptée sous l'autorité de l'article 33 de la Charte canadienne. Les garanties de la Charte auxquelles une loi déroge sont-elles de ce seul fait suspendues et totalement privées d'effet ou faut-il, pour que cela se produise, une condition supplémentaire, à savoir que la loi contienne une ou plusieurs dispositions qui leur sont contraires et qui prennent en quelque sorte leur place, dispositions que nous avons convenu de qualifier d'attentatoires ? En d'autres termes, la dérogation opère-t-elle suspension des droits et libertés

---

77 Cet alinéa se lit ainsi : « Attendu qu'en appliquant de pareilles mesures [extraordinaires peut-être injustifiables en temps normal] le gouverneur en conseil serait assujetti à la *Charte canadienne des droits et libertés* ainsi qu'à la *Déclaration canadienne des droits* et aurait à tenir compte du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, notamment en ce qui concerne ceux des droits fondamentaux auxquels il ne saurait être porté atteinte même dans des situations de crise nationale. »

qu'elles visent, ou fournit-elle simplement une règle de conflit de normes en vertu de laquelle la loi contraire à la Charte a prépondérance sur elle ?

Telle était la question que le juge James K. Hugessen, alors de la Cour supérieure du Québec, a si clairement posée et si judicieusement résolue dans *Ville de Montréal* c. *Boucher*[78]. Accusé d'avoir contrevenu à un règlement municipal sur la circulation, Boucher, à sa comparution, allègue atteinte à l'article 11b) de la Charte canadienne qui consacre le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, ce délai ne l'étant de toute évidence pas en l'espèce. La poursuite lui oppose que les deux lois québécoises applicables[79] contiennent toutes deux une disposition de dérogation à la Charte canadienne et que l'article 11b) ne lui est en conséquence d'aucun secours. C'est la théorie de la suspension, que le juge rejette au profit de la thèse du conflit de normes, se reposant notamment sur le deuxième alinéa de l'article 33 de la Charte qui prévoit que « [l]a loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article et en vigueur *a l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la Charte* »[80]. Aucune des deux lois applicables ne traitant du délai de poursuite ni n'autorisant de délai excessif, il n'y avait aucune disposition attentatoire, par conséquent aucun conflit de normes et l'article 11b) de la Charte canadienne continuait de bénéficier à Boucher.

La même conclusion devrait-elle être retenue sous l'article 52 de la Charte québécoise et l'article 2 de la Déclaration canadienne[81] ? Nous croyons que oui. Parlons d'abord de l'article 52. Dans l'expression « Aucune disposition d'une loi [...] ne peut déroger », le mot « déroger » veut-il dire une suspension de l'effet des garanties ou une atteinte à celles-ci ? Les deux interprétations sont soutenables, mais la première l'est beaucoup moins quand on lit attentivement la fin de l'article qui précise que la dérogation est possible si la loi prévoit « expressément que *cette disposition s'applique malgré la Charte* »[82]. Tout comme sous l'article 33 de la Charte canadienne, il faut donc une loi attentatoire pour que la disposition dérogatoire prenne effet. Et le début de l'article 2 de la Déclaration canadienne appelle

78 [1986] D.L.Q. 202.

79 *Loi sur les poursuites sommaires*, L.R.Q., c. P-15 et *Charte de la Ville de Montréal*, L.R.Q., c. C-11.4.

80 Nous soulignons. Le texte complet de l'article 33 est reproduit *supra*, note 4.

81 Le texte complet de ces deux articles est reproduit *supra*, notes 5 et 7.

82 Nous soulignons.

un commentaire du même genre. « Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément *qu'elle s'appliquera* nonobstant la *Déclaration canadienne des droits* » est une formulation qui, en raison des mots soulignés, suppose qu'il y ait une loi attentatoire applicable.

Certes rien n'aurait fait obstacle à ce que, dans les trois instruments, on opte pour la théorie de la suspension. Mais l'argument de texte fait pencher en faveur de la thèse du conflit de normes. À quoi l'on peut encore ajouter, comme l'a d'ailleurs fait le juge Hugessen, que les pouvoirs de dérogation aux droits et libertés, en raison de leur nature même, sont d'interprétation restrictive. La théorie du conflit de normes donnant aux dispositions de dérogation une portée plus étroite, c'est elle qu'il y a lieu de choisir.

Passant de l'effet juridique à l'effet pratique des dispositions dérogatoires, demandons-nous enfin si elles jouent vraiment ce rôle, qu'on leur attribue toujours, de mécanisme d'alerte de l'opposition parlementaire, des médias et du public en général ? Dans son article précité[83], Tsvi Kahana conclut négativement pour ce qui est du pouvoir de dérogation de l'article 33 de la Charte canadienne, 13 dispositions de dérogation à celle-ci, sur un total de 17, étant passées complètement inaperçues et n'ayant provoqué aucun débat. Seules les quatre suivantes ont suscité une controverse : celle du Québec ayant trait à l'unilinguisme français dans l'affichage et les raisons sociales[84], celle de la Saskatchewan dans une loi spéciale de retour au travail[85], celle de l'Alberta dans la loi sur le caractère exclusivement hétérosexuel du mariage[86] et la dernière, de cette même province – qui, rappelons-le, est demeuré à l'état de projet – ayant trait au plafonnement de l'indemnisation des victimes de la stérilisation obligatoire[87]. On ne s'étonnera pas que le caractère fort épineux de ces quatre questions ait suscité des remous parlementaires et populaires, d'autant plus forts dans le cas de la disposition dérogatoire québécoise qu'elle venait priver d'effet, comme on l'a déjà dit, un jugement de la Cour suprême déclarant inconstitutionnel l'unilinguisme français dans les secteurs susmentionnés.

---

83 T. KAHANA, *loc. cit.*, note 36, 259-272.

84 *Supra*, note 43.

85 *Supra*, note 46.

86 *Supra*, note 45.

87 *Supra*, note 48.

Il faudrait faire, pour la Charte québécoise, le même exercice que celui auquel s'est livré Tsvi Kahana pour la Charte canadienne – de dépouillement de journaux en particulier – mais il y a fort à parier qu'on arriverait à la même conclusion que lui, à savoir que, sur la trentaine de dispositions dérogatoires à la Charte du Québec, une seule a suscité la controverse et c'est celle sur l'unilinguisme français.

Tout cela étant dit, ce serait probablement trop simplifier les choses de conclure à l'inefficacité pure et simple des dispositions de dérogation comme instruments d'alerte aux violations des droits et libertés. Car, comme nous le révèle l'inventaire, fait plus haut, des dispositions dérogatoires aux Chartes canadienne et québécoise, nombre d'entre elles n'ont pas été renouvelées dans le cas de la Charte canadienne ou ont été purement et simplement abrogées. Il semble donc que l'effet dissuasif des dispositions de dérogation se fait de plus en plus sentir, ce que corrobore d'ailleurs le fait qu'on n'en adopte à peu près plus. Mais cette heureuse évolution n'a peut-être rien à voir avec un tel effet de dissuasion : elle correspondrait peut-être simplement à un changement dans les mentalités.

*
* *

Dans un de ses deux articles précités, Tsvi Kahana fait un intéressant survol des réflexions théoriques de certains auteurs à propos du rôle des pouvoirs de dérogation de l'article 33 de la Charte canadienne[88]. Pour l'un d'eux, cet article a pour but de permettre à l'autorité législative de corriger d'éventuelles erreurs judiciaires, ce qui suppose que son usage intervienne, non pas préventivement, mais à la suite d'un jugement[89]. Pour un autre, l'intervention peut être aussi préventive, si le législateur est convaincu de la validité de sa loi et qu'il a quelque raison de croire que le pouvoir judiciaire ne sera pas de son avis[90]. Dans un cas comme dans l'autre, l'autorité

---

88 T. KAHANA, *loc. cit.*, note 28, 223-225.

89 Paul C.W. WEILER, « Rights and Judges in a Democracy : A New Canadian Version », (1984) 18 *U. Mich. J. Law Reform* 51. Jean Leclair propose d'autres balises intéressantes à l'utilisation des pouvoirs de dérogation de l'article 33 de la Charte canadienne. Voir : Jean LECLAIR, « Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien », (2003) *R. du B.* (numéro spécial) 377, 412 et suiv.

90 Brian SLATTERY, « A Theory of the Charter », (1987) 25 *Osgoode Hall L.J.* 701.

législative agit comme une « super-cour de la justice », pour reprendre l'expression de Kahana, dans la mesure où elle fait une appréciation juridique. Pour un troisième auteur, l'article 33 permet à l'autorité législative de déroger purement et simplement aux droits et libertés, agissant ainsi, non pas comme une « super-cour de justice », mais comme une « super-législature »[91] qui, en la matière, se livre bien rarement à une appréciation juridique. L'inventaire fait plus haut des dispositions de dérogation suggère qu'en fait c'est ce troisième auteur qui a raison !

Il n'est pas de notre propos ici de commenter ces théorisations ni de les poursuivre. Plus prosaïquement, nous nous demanderons comment il a pu se faire que l'Assemblée nationale du Québec, faisant un peu cavalier seul au Canada sur ce point, ait pu adopter tant de dispositions dérogatoires aux Chartes canadienne et québécoise.

Le Québec n'est pas un État totalitaire et le fréquent appel aux dispositions dérogatoires n'est certes pas l'indication d'une abondance de dispositions attentatoires odieuses. L'inventaire de celles-ci, dans la deuxième partie de notre étude, n'invite absolument pas à pareille conclusion. L'attitude des dirigeants du Québec nous paraît plutôt avoir été, face à la moindre incertitude quant à la validité d'une loi au regard des Chartes, de vouloir éviter toute complication judiciaire et de tout de suite sauter sur la planche de salut de la disposition dérogatoire au lieu de pousser la réflexion plus avant. Dans bien des cas, celle-ci n'était même pas nécessaire et le fait d'en avoir fait abus a nui au développement de la Charte québécoise – la Charte canadienne pouvant compter sur le reste du Canada – et a retardé son épanouissement jurisprudentiel. Croire que dès qu'une loi est porteuse de distinctions il faille y insérer une dérogation à son article 10 est le fait d'un esprit ou paresseux ou ignorant[92]. Car il faut encore que la distinction en soit une que l'article 10 interdit, qu'elle se rattache « à la reconnaissance et à l'exercice » d'un droit par ailleurs garanti par la Charte et qu'elle ait « pour effet de détruire ou de compromettre », nous dit le deuxième alinéa de cet article, le droit établi par le premier. Or ce deuxième alinéa, sorte de disposition limitative d'une grande importance pratique, est encore aujourd'hui dans un état de rachitisme jurisprudentiel partiellement dû, selon nous, à

---

91 Lorraine WEINRIB, « Learning to Live with the Override », (1990) 35 *McGill L.J.* 541.

92 L'exemple de la *Loi sur les jurés*, précitée, note 68, loin d'être unique, est particulièrement significatif.

l'abus des dispositions de dérogation du fait que ces dernières mettent tout simplement fin au débat.

Mais il y a plus que cette mentalité du « on ne veut pas de complications ». Nous en tenant encore ici à la Charte québécoise, document vénéré par de grands auteurs[93], nous la croyons pour notre part assez mal conçue et assez mal structurée sous l'aspect de la disposition limitative. Celle de l'article 9.1 est en effet venue trop tard et son domaine d'application – les articles 1 à 9 – demeure bien trop limité. En effet, même à l'époque où les articles 1 à 8 n'étaient pas prépondérants, les articles 9 à 38 l'étaient et leur assujettissement à une disposition limitative aurait évité bien des dispositions de dérogation. Et quelle étrange idée, maintenant que les articles 1 à 9 sont prépondérants, de limiter à ceux-ci l'application de l'article 9.1 et de laisser en particulier l'immense domaine des droits judiciaires (articles 23 à 38) sous la menace de dispositions de dérogation vu que la disposition limitative ne leur est pas applicable.

Quant aux dispositions de dérogation à la Charte canadienne, la mentalité du « on ne veut pas de complication » y fut aussi pour quelque chose, encore que le fait qu'elles furent bien moins nombreuses que sous la Charte québécoise puisse s'expliquer à la fois par une meilleure structure du document et par un nombre moindre de garanties, d'où un nombre moindre d'éventuelles incompatibilités. Pas plus que sous la Charte québécoise, ces dispositions de dérogation ne sont venues au secours de dispositions attentatoires odieuses. « Fort regrettable » serait un qualificatif plus approprié pour la disposition de dérogation systématique du 23 juin 1982 dont il a déjà été question[94] et qui apparaît rétrospectivement comme la manifestation mal inspirée d'un mouvement d'humeur enfantin. Le même qualificatif pourrait s'appliquer, selon nous, à la disposition de dérogation (aux deux Chartes) de 1988[95] en réaction à l'arrêt *Ford*[96], arrêt pourtant tout empreint de modération et de bon sens.

---

93 Par exemple, André MOREL, « La Charte québécoise : un document unique dans l'histoire législative canadienne », (1987) 21 *R.J.T.* 1.

94 *Loi concernant la Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 30.

95 *Loi modifiant la Charte de la langue française*, précitée, note 43.

96 *Ford* c. *Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

LA SUSPICION ET LE DROIT : AUX CONFINS DE LA DÉONTOLOGIE ET DU DROIT PRIVÉ

Pierre CIOTOLA*

---

* Notaire, docteur en droit et professeur émérite à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Ce texte est un extrait remanié de la 5e Conférence Roger-Comtois, prononcée le 12 octobre 2006 à la Faculté de droit de l'Université de Montréal et portant sur la suspicion et le droit. Nous reproduisons une version condensée de cette conférence ; aussi, les réflexions sur la déontologie judiciaire et sur la suspicion et le « whistleblowing » ne font pas partie de cette version condensée. Le lecteur peut s'en rapporter au texte intégral de la 5e Conférence publié dans la collection de ces conférences. Nous tenons à remercier Mesdames Marielle Vermette et Andrée Boisselle, toutes deux avocates, pour leur collaboration appréciée. Madame Vermette a participé aux recherches dans la phase initiale de préparation de la conférence et Madame Boisselle a collaboré dans la vérification de l'ensemble des références du texte soumis à l'édition. Ce texte est à jour au 1er octobre 2006.

1. Suspicion – C'est un thème un peu surprenant que celui de la suspicion et le droit. C'est même une question que peut se poser le justiciable au fil des événements quotidiens. C'est, d'abord, d'une manière plus générale, au su des événements qui ont marqué l'actualité ces dernières années et, d'une manière plus spécifique, à la lumière des développements survenus dans le droit privé, que nous analyserons cette question.

Qu'est-ce que la suspicion ? Quel est le sens de ce terme pour les fins de cet exposé ? La suspicion décrit davantage un état psychologique du justiciable qui l'amène à une démarche interrogative sur ses droits ou sur le déroulement de certains événements. Dans *Le Grand Larousse*[1], la suspicion est présentée sous un triple volet : la supposition d'un acte frauduleux, l'opinion défavorable et la non-partialité d'une instance judiciaire. Elle y est décrite comme « le fait de supposer, à partir de quelques indices, l'existence d'un délit : *suspicion de fraude* » ou encore comme « une opinion défavorable sur la conduite ou les intentions » d'une personne. Et dans un sens plus traditionnel, la suspicion légitime se rapporte davantage à la juridiction compétente et aux motifs de récusation judiciaire, c'est-à-dire au « motif sérieux de craindre qu'une juridiction ne soit pas impartiale à son égard, sur lequel se fonde un plaideur pour demander le renvoi de son affaire devant une autre juridiction »[2].

La suspicion fait partie intégrante de l'actualité ; elle se manifeste de diverses manières et dans diverses sphères de la société, judiciaire, administrative, économique et familiale. Société libre et démocratique : les libertés fondamentales sont protégées par diverses chartes et par différentes lois. Et pourtant, la société devient sans cesse davantage critique à l'égard des gestes et des propos que peuvent tenir des personnes, non pas seulement dans l'exercice des plus hautes fonctions, telles celles d'un juge ou d'un ministre, mais aussi dans l'exercice quotidien de professions et de métiers auprès des citoyens.

2. Faits et gestes – La suspicion naît de faits et de gestes qui ne répondent pas aux valeurs que veut bien soutenir effectivement ou apparemment la société. Faits et gestes sont scrutés au quotidien, sur une base individuelle ou collective. La journaliste Denise Bombardier l'a brillamment souligné dans une chronique publiée dans *Le Devoir* en ces termes : « Et si la dureté

---

1 *Le Grand Larousse en 5 volumes*, t. 5, Paris, Larousse, 1987, v° *suspicion*, p. 2933.

2 *Id.*

de notre vie actuelle résidait en partie dans la suspicion systématique que nous éprouvons face aux gens, aux institutions et aux projets en tout genre ? Lorsque rien ne trouve grâce aux yeux de personne, que reste-t-il à faire sinon s'emmurer dans ses préjugés [...] ? Cette suspicion recouvre à la fois la vie privée et la vie sociale avec comme conséquence que personne n'échappe à sa toxicité. » [3]

3. Domaine juridique – Propos et comportements que l'on pourrait qualifier parfois d'anodins, de surprenants ou de simplement dérangeants prennent une signification démesurée devant l'ampleur médiatique qu'ils peuvent provoquer. Propos et comportements que l'on pourrait qualifier en d'autres circonstances comme portant atteinte aux valeurs de la société et que l'ampleur médiatique permet de découvrir à juste raison et d'inciter à y remédier. La profession juridique n'y échappe pas. Les notaires sont tout autant exposés que les juges ou les avocats en raison de la mission spéciale qui leur est confiée en tant qu'officier public.

4. Domaine contractuel – La suspicion peut également exister dans le domaine contractuel. Les mesures prises dans le domaine de la consommation entendent remédier aux comportements abusifs de commerçants sans scrupules qui ont exploité par des tactiques déloyales nombre de consommateurs. La suspicion existe aussi dans un domaine plus près du justiciable : la famille. Les aliénations faites par un conjoint sur le point de demander un divorce ou une séparation, ou celles faites par un incapable sur le point d'être déclaré inapte, peuvent être remises en question. La validité des dons qu'a pu faire le donateur ou le testateur affaibli par l'âge ou par la maladie est fréquemment remise en question. Des actes juridiques posés par un failli ou par un insolvable peuvent être déclarés inopposables à un créancier qui en souffre préjudice s'ils surviennent dans une période suspecte[4].

Voilà donc les facettes multiples, et fort générales, de la suspicion.

---

3 Denise BOMBARDIER, « Suspicion », *Le Devoir*, 6 mai 2006, b5. Mme Bombardier commente la suspicion dans la société actuelle dans un texte bref, mais on ne peut plus précis.

4 Nous ne reprenons pas ici notre analyse sur la suspicion qui peut survenir à l'occasion d'actes ou de gestes dans le domaine économique, tels le recyclage des produits de la criminalité ou la fraude économique. Voir Pierre CIOTOLA, « La suspicion et le droit », dans *5e Conférences Roger-Comtois*, sous le titre II, « Suspicion et dénonciation (*whistleblowing*) ».

I. SUSPICION ET DÉONTOLOGIE NOTARIALE

5. Suspicion et déontologie notariale – L'attitude des professionnels peut donner ouverture à suspicion. Suspicion parfois fondée, suspicion qui tient parfois de l'imaginaire. La déontologie professionnelle est destinée à encadrer le comportement des professionnels. Nous limiterons nos propos à la déontologie notariale. Le Notariat a sans doute été l'une des premières institutions professionnelles sinon la première à se doter d'un code d'éthique mais au fil de l'évolution de la société et sous l'influence du développement du droit professionnel, le Code de déontologie des notaires ne se limite plus aux gestes qui pouvaient viser le comportement courtois du professionnel envers ses confrères ou encore la tenue d'une étude dans un endroit convenable.

La déontologie va bien au-delà de la courtoisie et du « standing social » du professionnel du droit. Le devoir d'impartialité imposé au notaire est lié au fondement essentiel de sa mission : consigner dans un acte authentique la volonté fidèle des parties dans le respect des droits et des obligations qui peuvent leur être imposées d'une manière équilibrée.

A. Déontologie notariale, un rapprochement avec la déontologie judiciaire

6. L'impartialité, devoir déontologique – L'impartialité, fondement du notariat de type latin, est généralement circonscrite au devoir de conseil. Le professeur Alain Roy a vivement déploré cette conception étroite : « [L]e notaire est impartial, observe-t-on, lorsqu'il explique à chacune des parties comparaissant devant lui la portée des droits et obligations pouvant découler de l'acte notarié »[5]. C'est une impartialité plutôt passive, neutre, distante mais ne devrait-elle pas se transformer et devenir active et engagée[6]. Son impartialité ne peut être celle du juge mais justement l'impartialité du notaire ne devrait-elle pas s'inspirer de celle du juge et l'analogie entre le notaire et le juge n'est pas nouvelle sur ce point. La question relative au

5 Alain ROY, « Notariat et multidisciplinarité : reflet d'une crise d'identité professionnelle ? », (2004) 106 *R. du N.* 1, 13.

6 *Id.*, 13 et 14. Ces termes sont puisés à même l'extrait d'Éric Deckers cité par le professeur Roy.

manquement déontologique ne devrait-elle pas être justement analogue à celle posée relativement au magistrat ?

La déontologie impose aux magistrats une conduite guidée par « la préservation de l'intégrité de la fonction judiciaire essentielle au maintien de la primauté du droit »[7]. Dans une étude publiée sous l'égide du Conseil canadien de la magistrature et intitulée *Principes de déontologie judiciaire*, le juge est invité à une conduite qui lui « mérite le respect du public [et à cultiver] une image d'intégrité, d'impartialité et de bon jugement »[8]. La conduite du juge a-t-elle porté manifestement atteinte à l'impartialité, à l'intégrité et à l'indépendance de la magistrature et ainsi a-t-elle ébranlé la confiance du justiciable en son système de justice ? L'a-t-elle de ce fait rendu incapable d'accomplir sa charge avec respect et confiance ? Nous pourrions à cet égard reprendre les propos de Me Hébert sur les devoirs déontologiques du juge :

> « L'acte de justice s'arrime à la primauté du droit. Le système judiciaire fonctionne mieux et ses décisions inspirent confiance lorsque tous ses acteurs ou intervenants respectent la règle de droit. Voilà pourquoi la population requiert d'un juge qu'il ait une conduite quasi irréprochable. À tout le moins exigera-t-on qu'il paraisse avoir un tel comportement. En tout temps, il doit projeter une image exemplaire d'impartialité, d'indépendance et d'intégrité. Occupant, selon la Cour suprême (affaire Therrien), une « place à part » dans notre société, le magistrat doit se plier aux exigences liées à ce statut exceptionnel. »[9]

Le notaire a-t-il une conduite qui lui « mérite le respect du public [et entretient-il] une image d'intégrité, d'impartialité et de bon jugement [?]»[10]. La conduite du notaire comporte-t-elle un manquement à l'intégrité et à l'impartialité professionnelles mais a-t-elle aussi ébranlé la confiance du justiciable dans l'essence même du notariat ? Cette question est plus

---

7 *Ruffo (Re)*, 2005 QCCA 1197, J.E. 2006-60, par. 402.

8 CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, 1998, p. 14, version disponible sur Internet à l'adresse <http://www.cjc-ccm.gc.ca/cmslib/general/ethical-f.pdf> (dernier accès le 19 avril 2006).

9 Jean-C. HÉBERT, « Justice et société. La police des juges », (2006) 38: 5 *J. du Bar.* 11.

10 CONSEIL CANADIEN DE LA MAGISTRATURE, *Principes de déontologie judiciaire*, Ottawa, décembre 2005, p. 20, version disponible au <http://www.cjc-ccm.gc.ca>.

d'actualité que jamais étant donné la diversité des fonctions dévolues au notaire québécois : les plus traditionnelles étant liées à l'authenticité de l'acte notarié mais les plus nouvelles étant d'un spectre élargi sans attache nécessaire à l'impartialité telles la célébration du mariage ou la planification financière.

7. Norme d'appréciation de la responsabilité professionnelle – L'impartialité se réduit pour certains praticiens à une neutralité que peut refléter une convention inspirée par l'expérience et proposée par les pairs. Le praticien n'est-il pas, dans l'appréciation de sa responsabilité professionnelle, comparé au « notaire avisé, de compétence ordinaire, raisonnablement prudent et diligent »[11] ? Le praticien n'est-il pas invité à suivre la pratique courante ou même les directives en provenance de la Chambre des notaires et n'entretient-il pas le mythe d'être ainsi protégé contre toute poursuite en responsabilité professionnelle ? S'il est vrai que la jurisprudence ne dispense pas de responsabilité le notaire qui suit la pratique courante[12], elle n'agit pas autrement pour celui qui s'éloigne aussi de la pratique courante[13]. Le spectre de la responsabilité notariale est donc fort étendu et la responsabilité n'est pas accrue ou atténuée du simple fait de s'éloigner de la pratique courante ou de s'en tenir à cette pratique[14]. Voilà vraiment le dilemme du notaire qui souhaite favoriser une pratique notariale innovatrice et diversifiée ou qui souhaite adopter une attitude plus critique, plus active, moins passéiste. Il n'en demeure pas moins que le fait de suivre la pratique courante constitue un moyen de défense privilégié.

La norme de référence au praticien de compétence ordinaire et raisonnablement prudent nous inspire suspicion. La norme jurisprudentielle de l'appréciation de la responsabilité professionnelle est un frein à la pratique innovatrice du droit : elle incite à la rédaction de contrats standardisés. Où est donc le contrat qui répond aux besoins plus spécifiques du justiciable ?

---

11 *Gestion Mécatriel* c. *Lopez*, REJB 2002-33238, [2002] A.Q. (Quicklaw) nº 3543, par. 42 (C.S.). Ce critère est emprunté par le Tribunal aux propos de Mᵉ Marquis. Voir Paul-Yvan MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, p. 38.

12 *Dorion* c. *Roberge*, [1991] 1 R.C.S. 374, par. 176 (j. L'Heureux-Dubé).

13 *Sasseville* c. *Bonneville (C.A.Q.)*, [1991] A.Q. (Quicklaw) nº 708 (jj. McCarthy, LeBel et Baudouin) (C.A.).

14 Patrice DESLAURIERS, « La responsabilité des notaires », dans Collection de droit 2005-2006, École du Barreau du Québec, vol. 4, *Responsabilité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 105.

La société n'est-elle plus monolithique mais davantage diversifiée culturellement et économiquement ? Le recours au formulaire, comme modèle intangible de la conduite du praticien, est largement répandu pour ne pas dire généralisé[15]. Les exemples abondent malheureusement. Les déclarations de copropriété, empruntées en majeure partie au formulaire notarial, ne répondent pas nécessairement aux besoins des diverses copropriétés divises. Les actes de vente reproduisent les clauses suggérées au formulaire sans discernement sur l'importance d'en exclure certaines selon des situations spécifiques. L'utilisation de la fiducie comme mode de protection du patrimoine peut à certains égards détourner la fiducie comme institution au profit d'une exclusion de responsabilité qui peut être défavorable aux créanciers. Elle n'incite pas au comportement responsable d'un justiciable face à ses diverses obligations personnelles et sociales : elle détourne même la fiducie de ses objectifs initialement recherchés. Le mandat en cas d'inaptitude démontre toujours son importance mais les clauses de consentement aux soins de santé suivies dans la pratique nous semblent fort limitées et même inadaptées aux circonstances qui se présentent de plus en plus lors d'urgences médicales. Les directives fort générales prévues pour les soins de santé en cas d'inaptitude, dans les procurations notariées, peuvent ne pas satisfaire aux situations médicales de plus en plus complexes qui peuvent survenir. Les stipulations prévues dans les procurations notariées nous paraissent d'une grande timidité, pour ne pas dire, simplicité face aux dilemmes auxquels peut être confrontée la famille du mandant. La pratique des directives anticipées en ces circonstances est davantage nuancée chez nos voisins américains et dépasse la simple consigne du seul refus de l'acharnement thérapeutique et de la possibilité des médicaments qui peuvent soulager la douleur. Rappelons qu'une pratique trop uniformisée peut mener à considérer certaines clauses comme étant de style ou même le contrat comme étant d'adhésion. Rappelons-nous également qu'une pratique trop uniformisée peut faciliter l'intervention du législateur pour modifier la règle de droit et rendre sans effet clauses ou contrats répandus. Certains nous opposeront que la pratique généralisée peut faciliter l'intervention législative pour reconnaître l'efficacité de certaines stipulations

15 Le notaire a rédigé une donation et prévoit comme considération l'amitié du donateur envers le donataire. Le donateur a, semble-t-il, fait la donation par amitié, mais aussi pour les services rendus pendant près de 20 ans. La question surgit lors d'une demande en nullité de la donation : pourquoi ne pas avoir précisé également pour les services rendus ? Le notaire répond candidement : « c'est parce que c'est comme ça dans le formulaire ». *Gravel* c. *Bissonnette*, J.E. 2004-2207 (C.Q.).

mais il n'en est pas toujours ainsi. Le législateur pourrait intervenir, comme il l'a fait à l'égard des conventions matrimoniales des années cinquante et soixante, qui sont devenues presque sans effet, lors de l'adoption du patrimoine familial comme un effet impératif du mariage. Le choix du régime matrimonial subsiste toujours mais la pertinence des autres stipulations a fortement été remise en question. La méfiance et la suspicion peuvent naître d'une pratique trop uniformisée et mal adaptée à l'évolution de la société comme l'a reflété le débat sur l'instauration du patrimoine familial. Les contrats de mariage, d'une similitude décourageante[16], justifiaient pour les uns l'intervention législative et l'adoption du patrimoine familial et pourtant la pratique judiciaire dans le contentieux familial n'était pas sans reproches[17].

B. Critique sur l'attitude des notaires lors de certains contrats

8. Circonstances suspectes – Certes, il nous est possible de nous interroger sur l'attitude des notaires appelés à intervenir dans au moins trois circonstances des plus délicates, soit la préparation d'un testament pour une personne âgée, la rédaction d'une déclaration de copropriété pour un promoteur immobilier et la vente d'un immeuble, en construction ou en rénovation, susceptible d'être grevé d'hypothèques légales. Ces circonstances peuvent engendrer des soupçons ou des suspicions dans le sens de notre étude.

9. Testaments des personnes âgées – Les tribunaux sont de plus en plus appelés à se prononcer sur la validité de testaments rédigés par des personnes âgées. Nous ne sous-estimons pas le travail délicat qu'accomplit le notaire en ces circonstances mais le contexte qui prévaut alors mérite une attention toute particulière. Les situations peuvent être variées. La personne âgée subit les contraintes de son entourage et sa vulnérabilité est exploitée par son entourage. Elle rédige son testament sous l'influence de

---

16 Heureusement, il n'en est pas toujours ainsi. Certaines stipulations nous démontrent un souci de tenir compte des besoins spécifiques du couple. Voir *P.(R.)* c. *T.(H.)*, EYB 2005-94562 (C.A.).

17 Les critiques auraient pu aussi analyser la pratique qui avait cours dans le contentieux familial. Les tribunaux ne procédaient pas à la liquidation du régime matrimonial en conformité des règles qui prévalaient au *Code civil du Bas Canada*, mais se contentaient d'une renonciation au partage des acquêts sous réserve d'attribuer à l'épouse la résidence familiale. De même, la prestation compensatoire était interprétée de façon très restrictive et refusée à l'épouse qui était demeurée au foyer.

ses propres sentiments immédiats de colère, de vengeance ou de haine. Elle peut aussi être ballottée au gré de son entourage à tester de diverses manières.

On peut croire que le testateur, vindicatif dans ses sentiments, veuille laisser sa fortune à un organisme de charité et ainsi déshériter ses enfants. La liberté de tester le soutient dans sa démarche mais le geste, si louable soit-il, dissimule une intention malveillante. Rappelons-nous que, dans l'affaire *Bertrand* c. *Opération Enfant Soleil*[18], le couple est en voyage à Québec et le mari revient seul à Montréal. Ce dernier à son retour à Montréal loge une plainte pour kidnapping de son épouse. Il n'en est rien : son épouse, qui souffre de la maladie d'Alzheimer, s'est égarée et est retrouvée confuse. Or, la famille entend procéder à l'homologation de mandat en cas d'inaptitude de leur mère et leur fils est prévu comme mandataire. L'époux est vexé de cette situation et souhaite se venger en déshéritant ses proches parents. Il sollicite les services d'un notaire de sa connaissance et qui avait déjà instrumenté peu de temps auparavant à sa demande. Dans cette affaire, le notaire connaît le testateur et témoigne au soutien de la lucidité du testateur. Le testateur agit sous impulsion et colère : il désire se venger de ses enfants. Dans son imaginaire, il se réjouit de l'air déconfit des enfants qui apprennent qu'ils sont déshérités. Le témoignage du notaire est déterminant en première instance au soutien de la validité du testament. Il en va autrement en appel. Les circonstances qui mènent à la rédaction du testament soulèvent le doute sur la capacité de tester et le notaire aurait dû s'interroger sur le comportement à tout le moins étrange du testateur. Les héritiers éventuels désignés par le testateur ne soulèvent aucune inquiétude en première instance mais il en est autrement en appel. Si pour le juge de première instance, l'œuvre caritative désignée comme légataire lui paraît tout à fait acceptable, il en aurait été autrement s'il s'agissait d'une œuvre étrangère sans véritable intérêt manifeste pour le testateur. Si pour les juges siégeant en appel l'œuvre caritative désignée par le testateur est fort respectable, aucune circonstance ne justifie de déshériter la famille pour qu'en profite l'œuvre désignée. Le testateur, d'après la Cour d'appel, est un homme perturbé, agressif et exacerbé en raison de sa maladie vasculaire- cérébrale. Et le notaire devrait refuser de recevoir le testament si le testateur est *manifestement incapable*[19].

---

18 [2004] R.J.Q. 1089 (jj. Mailhot, Brossard et Rayle) (C.A.).

19 *Bertrand* c. *Opération Enfant Soleil*, [2004] R.J.Q. 1089, par. 61 (j. Mailhot) (C.A.).

Le testateur peut aussi modifier son testament au gré de l'humeur de son entourage. Et l'affaire *Elliott*[20] le démontre bien. La testatrice signe trois testaments notariés devant des notaires différents dans un intervalle de douze mois alors qu'elle est nonagénaire et elle y avantage ses enfants de diverses manières. La famille conteste la validité des trois testaments sous prétexte d'une incapacité de tester. Les notaires, tous d'expérience, s'en remettent au tribunal pour l'appréciation de la preuve après avoir pris bien soin d'affirmer qu'en aucun cas ils n'auraient instrumenté s'ils avaient détecté la déficience intellectuelle de la testatrice. Et lors de la signature du dernier testament, la légataire éventuelle remet, de sa propre initiative, au notaire instrumentant un certificat médical attestant de la lucidité de la testatrice. Fait à noter, les experts appelés à témoigner sont divisés sur la capacité de la testatrice d'exprimer ses volontés ultimes. Le tribunal analyse les divers testaments et constate que le contenu des testaments est fonction de l'entourage et du lieu de résidence de la testatrice. Il s'interroge sur les motifs qui ont pu amener la testatrice à avantager tantôt un seul de ses cinq enfants, tantôt la plupart de ses enfants, tantôt un seul de ses cinq enfants et des enfants de ce dernier. À la lumière de ces faits, le tribunal soutient que la testatrice n'avait pas la lucidité nécessaire à la pleine compréhension du geste posé. Et les trois testaments ont été annulés.

Les changements inopportuns de légataires peuvent être parfois un indice de la vulnérabilité du testateur et contribuent à soulever la suspicion du tribunal ; il devrait également en être ainsi chez le notaire appelé à instrumenter. Dans l'arrêt *Stoneham et Tewkesbury* c. *Ouellet*[21], le testateur était profondément attaché à sa terre boisée, conservée dans son état naturel. Il avait donc légué dans un premier temps à la municipalité sa terre boisée dans un testament notarié. Quelques jours plus tard, toujours très affaibli, le testateur a légué en un second temps la même terre boisée à un voisin, qui vaquait à ses menues affaires ; il l'a fait sous pression et sous insistance du voisin. La Cour suprême du Canada s'arrête tout particulièrement à la conduite constante du testateur qui souhaitait conserver sa terre dans son état naturel et le second testament, même notarié, a été invalidé. Dans l'affaire *Raymond* c. *Succession Maurice Gagnon*[22], le testateur avait légué, par testament notarié accompli depuis quelque temps déjà, ses

---

20 *Elliott* c. *Elliott*, J.E. 2001-1261 (C.S.).

21 [1979] 2 R.C.S. 172.

22 B.E. 2005BE-855 (C.S.).

biens à des parents, petit-fils et neveux qui lui étaient demeurés sentimentalement attachés. La veille de son décès, le testateur est incité à signer un testament olographe après y avoir indiqué dans les espaces prévus le nom des légataires pour les divers biens concernés ; il le fait à la demande d'une personne qui en prend soin depuis peu. Les circonstances encore dans cette affaire rendent le tribunal méfiant : les liens que le testateur entretenait avec sa famille ne justifiaient pas, non plus, que celle-ci soit déshéritée au profit d'un bon samaritain de dernière heure.

Le notaire n'est certes pas la personne la plus qualifiée pour évaluer la capacité de tester du testateur. Dans l'affaire *Elliott*, les notaires se sont simplement informés de l'état du testateur et le tribunal affirme ce qui suit : « [L]e notaire n'a pas l'obligation de pousser plus loin son examen mais la valeur probante de ses conclusions ne va pas plus loin non plus ». Dans l'affaire *Bertrand*, la Cour d'appel soutient que le notaire ne doit pas instrumenter s'il constate que le testateur est manifestement incapable. Quant à son témoignage lors d'une instance en nullité de testament pour défaut de capacité du testateur, il est utile mais encore faut-il que la connaissance qu'il a du testateur ne se limite pas à la seule et unique rencontre lors de la signature du testament ou encore faut-il qu'il n'instrumente pas à la seule demande des légataires éventuels du testament. Ces faits en eux-mêmes n'ont pas de signification particulière mais ils peuvent susciter soupçons et interrogations et contribuer, dans le contexte de la preuve présentée au tribunal, à atténuer la crédibilité du notaire comme témoin privilégié ou même à en écarter complètement le témoignage.

10. Déclaration de copropriété immobilière divise – Quant au domaine de la copropriété immobilière en pleine expansion, le notaire est appelé à préparer et à recevoir en forme notariée portant minute la déclaration de copropriété. Or, la déclaration comporte trois divisions fondamentales, la première établissant la copropriété divise et présentant la destination de l'immeuble, ses parties communes et privatives, la seconde présentant le règlement de l'immeuble pertinent à la jouissance des diverses parties, communes et privatives et la troisième décrivant la désignation cadastrale des diverses parties, communes et privatives[23]. Nous nous interrogeons sur deux circonstances : (1) le notaire, appelé à rédiger la convention, est désigné évidemment par le promoteur puis imposé aux éventuels acquéreurs d'unités dans l'immeuble en construction et (2) la déclaration de

---

23 C.c.Q., art. 1052 et suiv. et 1059.

copropriété est calquée sur la formule proposée au formulaire notarial sans analyser les véritables besoins des éventuels acquéreurs.

Où est la suspicion ? Le notaire a-t-il commis quelque manquement déontologique ? Dans le contexte actuel de la déontologie notariale favorable à une impartialité passive, la réponse est sans doute négative. Dans un contexte contemporain d'une éthique davantage exigeante pour les professionnels en général et non pas nécessairement pour les notaires, cette situation serait vraiment critiquée. Convenons qu'il n'y a pas de gestes frauduleux ni répréhensibles en soi, mais le contexte lui-même soulève soupçons et suspicion. Ce contexte de vouloir centrer chez un notaire, plus près du promoteur que de l'éventuel copropriétaire, l'ensemble des transactions immobilières liées à la réalisation d'un projet de copropriété ne laisse-t-il pas croire au comportement du professionnel du droit qui semble ou paraît au service d'une seule des parties, le promoteur. Nous pouvons reprendre ce que le notaire Alain Roy écrit à propos du notaire attitré de l'une des parties au contrat, tel un constructeur ou promoteur immobilier :

> « Le notaire attitré du constructeur, dont l'unique tâche consiste à recevoir, à titre d'officier public, l'ensemble des actes de vente des maisons nouvellement construites n'a pas qu'un lien d'affaires avec son client, il en dépend économiquement. Il en est de même du notaire qui accepte de recevoir l'acte dans lequel comparaît l'entreprise qui lui verse, en sa qualité de conseiller juridique, la quasi-totalité de son chiffre d'affaires annuel. L'intensité problématique peut également résulter d'une relation professionnelle "osmotique" avec l'une des parties. Tel est le cas du notaire qui, après avoir activement conseillé un client dans un contexte déjà conflictuel, se voit "totalement et unilatéralement identifié à son point de vue". Comment l'officier public pourra-t-il, dans ces circonstances, préserver l'apparence d'impartialité nécessaire à l'exercice de son ministère ? »[24]

Ne faut-il pas s'interroger sur la déclaration de copropriété rédigée en ces circonstances ? Ne sous-estimons pas l'importance de la forme notariée pour la déclaration de copropriété ; autrement, les administrateurs des immeubles détenus en copropriété, souvent inexpérimentés et parfois roitelets désagréables, n'hésiteraient pas à tronquer des éléments significatifs de la déclaration, alors qu'ils gèrent les immeubles sans en respecter la teneur. La déclaration de copropriété est-elle rédigée à l'aveugle sans être

24 A. ROY, *loc. cit.*, note 5, 1, 21 et 22.

véritablement adaptée à l'immeuble visé et à ses copropriétaires éventuels ? Pourquoi se lancer dans des actes complexes de copropriété entrecroisée, horizontale et verticale, lorsqu'à vraiment dire les circonstances ne l'exigent pas ? Le législateur ne devrait-il pas conférer à l'éventuel copropriétaire d'une unité, alors que l'immeuble n'est pas encore construit ou est en voie de construction, le choix du notaire instrumentant ou même la possibilité d'être consulté ? Et nous ne pouvons nous empêcher d'établir un parallèle avec un autre acte, également soumis à la forme notariée et également considéré comme contrat d'adhésion : la convention de l'hypothèque immobilière. Le notaire devrait s'interroger sur son devoir d'impartialité face aux déclarations de copropriété imposées aux éventuels copropriétaires comme il devrait le faire à l'égard de la convention de prêt hypothécaire, également un contrat d'adhésion, imposée à l'emprunteur. Voilà deux conventions majeures, soumises à la forme notariée pour une meilleure protection des parties au contrat et pourtant véritables contrats d'adhésion. Le notaire devrait en ces domaines agir avec plus de fermeté comme professionnel du droit et cesser d'être un juriste au service des promoteurs immobiliers ou des institutions financières. Et l'éventuel copropriétaire d'une unité, alors que l'immeuble n'est pas encore construit ou est en voie de construction, devrait, par disposition législative à cet effet, pouvoir choisir son notaire.

11. Immeubles en construction – Quant aux immeubles en construction ou en rénovation, le danger de l'inscription d'une hypothèque légale invite à la prudence. Encore là, le notaire fera-t-il les retenues de sommes d'argent pour protéger l'acheteur contre une éventuelle faillite du promoteur ? Procédera-t-il à cette retenue de fonds pour protéger l'acheteur contre l'inscription plausible des diverses hypothèques légales, notamment de la construction ? Suggèrera-t-il la retenue de fonds ou incitera-t-il l'éventuel acquéreur à se satisfaire d'un plan d'assurance-garantie en ce qui a trait à la qualité de la construction ou d'un plan d'assurance-titre en ce qui concerne la validité du titre de propriété ?

12. Attitude davantage critique – Le contexte de suspicion doit inciter le notaire à devenir plus critique dans son comportement d'officier public et de juriste et aller au-delà d'un devoir de conseil de premier niveau[25].

---

[25] *Id.*, 1 et 32.

II. Suspicion et droit privé

13. Suspicion et droit privé – La suspicion peut naître d'événements ou de circonstances qui concernent les contrats et les actes de la vie courante. La suspicion peut inciter le législateur à intervenir si le comportement suspect devient une quasi-norme contractuelle et remet en question la force juridique du contrat. Les pratiques qui ont cours dans le domaine de la consommation ont soulevé méfiance et suspicion chez les consommateurs et le législateur ne peut faire autrement que d'intervenir et de proposer des mesures de protection plus grandes tant lors de la formation du contrat que lors de son exécution. La suspicion est également inhérente à la possibilité de demander l'annulation d'actes et de contrats conclus antérieurement à l'établissement d'un régime de protection ou avant la survenance d'un événement majeur, tels la faillite, le décès, le divorce. Les périodes précédant l'ouverture d'un régime de protection ou la liquidation de biens lors de la faillite, du divorce ou d'un décès peuvent donner lieu à méfiance et à suspicion à l'égard de conventions et d'actes posés en certaines circonstances et sous certaines conditions par l'inapte, le failli, le divorcé et le *de cujus*.

A. Suspicion et protection du consommateur

14. Suspicion et protection du consommateur – Le monde de la consommation subit des transformations profondes. De nouveaux biens de consommation sont offerts au justiciable et les entreprises mettent au point des contrats similaires ou standardisés. Les techniques de vente, plus agressives, appuyées par une publicité alléchante, conditionnent le consommateur tant à l'achat-loisir qu'à l'achat-besoin. Les principes traditionnels axés sur l'égalité des contractants et sur la force du contrat équivalents à la loi des parties ont été sérieusement remis en question par les lois destinées à protéger le consommateur. Les abus ont engendré la suspicion et le consommateur réclamait une protection plus adéquate. L'équité contractuelle que véhiculait bien inadéquatement l'égalité des contractants est mise en valeur par la reconnaissance de l'exploitation comme motif de nullité des contrats de consommation. La qualité du consentement du consommateur est remise en question, consentement que les principes usuels présument libre et éclairé, mais parfois impulsif et irréfléchi dans les contrats de consommation. Les recours usuels fondés sur la nullité des contrats n'assuraient pas au consommateur une protection instantanée et sont alors apparus les

divers délais de réflexion ou *cooling-off periods* offrant au consommateur la possibilité de se dédire ou de résoudre unilatéralement le contrat dans un bref délai[26]. Les conditions standardisées imposées unilatéralement et au seul bénéfice du commerçant ont été remises en question ; elles ont fait place à des contrats standardisés imposés par le législateur et destinés à rendre illégales les conditions unilatérales et au seul avantage du commerçant et à prévoir des conditions plus équitables pour les parties au contrat. Ces mêmes contrats standardisés sont également axés sur la divulgation exacte d'informations auxquelles le consommateur n'avait pas toujours accès au moment du contrat. On est à même de le constater : la suspicion qu'ont pu engendrer les pratiques indésirables a été au nombre des facteurs qui ont permis l'évolution du droit des contrats.

B. Suspicion et périodes « suspectes »

1. Période suspecte préalable à l'ouverture d'un régime de protection ou à l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude

15. Période suspecte – Les actes accomplis avant l'ouverture d'un régime de protection peuvent être remis en question et la période précédant l'ouverture d'un tel régime est une période suspecte. Les dispositions consacrées à la tutelle, à la curatelle et à l'homologation du mandat en cas d'inaptitude prévoient la possibilité de demander l'annulation ou la réduction des obligations des contrats faits par l'inapte avant l'ouverture du régime de protection, sur la seule preuve que « l'inaptitude était notoire ou connue du cocontractant à l'époque où les actes ont été passés »[27].

16. Annulation de l'acte posé par un inapte – La validité de l'acte accompli par un inapte est appréciée de diverses façons. Le majeur seul a pu accomplir un acte avant l'ouverture d'un régime de protection : l'acte peut être annulé ou les obligations qui en découlent réduites si l'état de l'inapte était notoire ou connu du cocontractant à l'époque où l'acte a été passé. Le majeur seul a pu accomplir un acte après l'ouverture d'un régime de protection. L'acte peut être annulé s'il est posé seul par un majeur en

---

26 *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 73 et 209.

27 C.c.Q., art. 284, 290 et 2170.

curatelle sans demander la preuve d'un préjudice[28]. L'acte peut être annulé également pour le majeur en tutelle agissant seul au-delà des limites fixées par le jugement établissant la tutelle en appliquant par analogie les règles relatives au mineur[29]. L'acte peut être, selon les circonstances, nul[30], annulable sans preuve d'un préjudice[31] ou annulable sous réserve de la preuve d'un préjudice[32]. Précisons *a contrario* que la validité d'un testament fait par un majeur après sa mise en tutelle, et non en curatelle, peut être confirmée par le tribunal aux termes de l'article 709 C.c.Q. en tenant compte des dispositions du testament et également des circonstances de sa confection.

17. Période suspecte et présomptions – La période précédant la mise en tutelle ou en curatelle ou l'homologation d'un mandat en cas d'inaptitude est donc une période suspecte et l'inapte de fait et non de droit est protégé par la possibilité de voir l'acte alors accompli annulé en certaines circonstances par le tribunal. La nullité possible de ces actes soulève le jeu des présomptions, présomption de bonne foi et présomption de capacité. Ainsi, s'exprime Fabrice Defferrard :

> « Mais la remise en cause des actes antérieurs au jugement d'ouverture est uniquement envisagée sous l'angle de la suspicion légitime, autrement dit de la seule vraisemblance (et non pas la certitude) selon laquelle le cocontractant a voulu tirer avantage de la faiblesse de l'incapable. On constate, en effet, que dans la période précédant le jugement d'ouverture, deux présomptions s'affrontent : la présomption générale de bonne foi qui profite au cocontractant de l'incapable, et la présomption selon laquelle chacun est présumé sain d'esprit, dont bénéficie « l'incapable » (qui ne l'est pas encore à l'époque de l'acte). »[33]

Cette phase antérieure à l'ouverture d'un régime de protection est axée essentiellement sur un désir de sauvegarder les intérêts de l'inapte. La vraisemblance et non la certitude de l'invalidité de l'acte profite à l'inapte de

---

[28] C.c.Q., art. 283.

[29] C.c.Q., art. 288 et 287.

[30] C.c.Q., art. 161.

[31] C.c.Q., art. 162. Cette disposition vise les actes posés par le tuteur.

[32] C.c.Q., art. 163.

[33] Fabrice DEFFERRARD, *La suspicion légitime*, Paris, L.G.D.J., 2000, nº 104, p. 79 (références omises).

fait mais les circonstances peuvent favoriser le maintien des actes posés. Préalablement à l'ouverture du régime de protection, l'inapte de fait est présumé capable et les actes posés sont, en principe, valides. L'établissement d'une période suspecte facilite la preuve au bénéfice de l'inapte que ses facultés intellectuelles étaient probablement affaiblies au moment de l'accomplissement de l'acte ou de la formation du contrat.

18. Conditions de nullité – La nullité sera obtenue ou les obligations réduites s'il y a preuve de trois éléments. Premièrement, est soumis le jugement établissant la tutelle ou la curatelle ou homologuant le mandat en cas d'inaptitude. Sans ce jugement, l'inapte de fait ne peut tirer profit de cette période suspecte. Deuxièmement, est prouvée l'existence du motif de la tutelle, de la curatelle ou de l'homologation du mandat en cas d'inaptitude à l'époque où l'acte contesté a été accompli. La preuve est donc celle d'un état habituel et non de faits isolés d'inaptitude à des degrés variés. Troisièmement, la notoriété du motif de la tutelle ou de la curatelle ou de l'homologation du mandat sera prouvée. Il est possible d'y substituer la preuve que le cocontractant a connaissance du motif de l'inaptitude sans pour autant que celle-ci soit notoire. Ce troisième élément n'est pas à négliger. Ainsi, un septuagénaire fait la rencontre d'une septuagénaire lors d'un événement social. Ils se fréquentent pendant plus de dix-huit mois sans toutefois faire vie commune. Le septuagénaire fait des dons d'une valeur globale de près de 100 000 $ à la septuagénaire. Le couple cesse de se fréquenter et le septuagénaire est mis sous curatelle. Son gendre, nommé curateur, demande l'annulation des dons et invoque l'article 284 C.c.Q. Les dons ont été maintenus valides car aucune preuve n'a été présentée, à la satisfaction du tribunal, de la notoriété de l'inaptitude ou de la connaissance de celle-ci par la cocontractante : au dire du tribunal, « (O)n peut bien avoir des soupçons à cet égard, mais les jugements ne peuvent être basés sur des soupçons et de la spéculation » [34].

Ces trois faits étant prouvés, l'annulation de l'acte accompli pendant la période suspecte est possible sans être imposée. L'ancien droit prévoyait à l'article 335 C.c.B.C. un régime similaire et Gérard Trudel écrivait alors :

> « Les actes qui ont précédé le décret d'interdiction sont bien annulables en vertu de l'article 335, mais leur annulation n'est pas nécessaire. Le tribunal possède ici la faculté ou la discrétion de les annuler : il n'en n'a pas l'obligation. Tout dépendra des circonstances : bonne

34 *Dobson* c. *Roussel-Perras*, [2001] R.L. 543, 546 (C.S.).

foi des tiers, importance du préjudice subi, nature de l'acte lui-même ; un acte sage à sa face même ne sera pas annulé. La discrétion du tribunal est illimitée [...] »[35]

19. Illustrations jurisprudentielles – Dans l'affaire *Béliveau* c. *Lampron*[36], une mère, devenue veuve, donne au plus jeune de ses enfants la terre familiale et près de neuf mois plus tard, est déclarée inapte sous un régime de curatelle. Les enfants sont divisés en deux clans, les plus âgés et les plus jeunes, et certains veulent l'annulation de la donation. Cette donation au plus jeune de la terre familiale est une suite logique de bien des événements, sur les plans tant économique qu'affectif. Les enfants plus âgés ont bénéficié du don d'une parcelle de la terre, mais certains souhaitent l'obtenir au complet en vue d'y poursuivre leurs activités de chasse et de coupe de bois. Les enfants les plus jeunes n'ont pu profiter de tels dons, car le zonage agricole, mis en vigueur entre-temps, s'oppose au morcellement des terres. Le plus jeune s'est installé sur la terre familiale et y a construit sa résidence, bien sûr avec la permission des parents mais sans pouvoir obtenir de titre de propriété, les dispositions sur le zonage agricole ne le permettant pas. Enfin, la mère consulte habituellement son frère avant de poser des gestes majeurs et elle a discuté de l'opportunité d'un tel don à son plus jeune enfant. La donation subsiste-t-elle dans un semblable contexte ? Bien sûr, les circonstances favorisent la validité de la donation. Le tribunal déplore la division de la famille et discrédite nombre de témoignages contradictoires et intéressés des enfants. Les témoignages des experts sont également écartés : aucun médecin, témoin au procès, n'a examiné la mère au moment de la donation. Deux témoignages retiennent l'attention du tribunal : celui du frère de la donatrice et celui du notaire. Le frère de la donatrice se souvient d'avoir discuté de la possibilité de cette donation. Le témoignage du notaire est à la fois précis et vague. Le notaire a instrumenté plus de quarante fois pour le couple concerné et connaît la donatrice. En revanche, il n'a rencontré la donatrice que lors de la signature de l'acte de donation et elle ne présentait alors aucun signe de déficience quelconque. La donation au plus jeune est valide. Elle ne fait que confirmer les gestes posés antérieurement. Les parents lui avaient déjà donné le droit de construire sur la terre sans pouvoir lui conférer pour autant de titre de propriété et le plus jeune vaquait pour sa mère aux activités quotidiennes. De plus, l'inaptitude n'était

---

35 *Traité de droit civil du Québec*, t. 2, par Gérard TRUDEL, Montréal, Wilson & Lafleur, 1942, p. 406.

36 J.E. 2001-1890 (C.S.).

pas notoire et le donataire ne voyait aucun symptôme à cet effet. Ainsi, l'acte posé est valide si les circonstances le justifient ou pour emprunter les termes de Gérard Trudel s'il est un « acte sage à sa face même »[37].

Cette possibilité d'annulation de l'acte ou de réduction des obligations ne doit pas se limiter aux seuls actes à titre onéreux mais doit s'étendre aux actes à titre gratuit, donations et testaments[38].

Précisons que la nullité des actes et contrats peut évidemment être demandée et la preuve peut en être présentée en tenant compte des seules dispositions de droit commun, consentement vicié ou dol, sans invoquer ce régime particulier de l'inaptitude notoire ou connue du cocontractant ou faute de pouvoir l'invoquer[39].

En contrepartie, la présomption d'incapacité existant sous un régime de tutelle peut aussi être exceptionnellement écartée tout comme l'est la présomption de capacité avant l'établissement d'un régime de protection. Les circonstances peuvent permettre au tribunal de valider le testament fait par un majeur mis sous tutelle et non sous curatelle. Le testateur, dans l'affaire *Riportella* c. *Gaudreault-Houle*[40], était initialement sous un régime de curatelle puis mis sous un régime de tutelle. À peine mis en tutelle, il dispose de ses biens au profit de sa fille et déshérite ainsi sa compagne de vie des 25 dernières années. Le testament au profit de sa fille est confirmé par le tribunal car il est raisonnable et sensé dans les circonstances. Le testateur s'est réconcilié avec sa fille mais les relations avec sa compagne de vie étaient rompues. Il est sous un régime de protection en raison de la détérioration de sa condition physique et de difficultés d'orientation spatio-temporelle, mais il conserve encore un jugement sensé pour un nonagénaire.

---

37 G. TRUDEL, *op. cit.*, note 35, p. 406.

38 *G.M.* c. *M.-C.O.*, J.E. 2005-1118 (C.S.). Le Tribunal croit que le testament contesté n'est pas visé par l'article 284 C.c.Q. car, prétend-il, il n'y a pas de cocontractant ni de preuve de notoriété de l'inaptitude du testateur. Toutefois, le testament est invalidé car la preuve est faite de l'inaptitude du testateur au moment de la confection du testament.

39 *Dobson* c. *Roussel-Perras*, [2001] R.L. 543 (C.S.).

40 J.E. 99-1543 (C.S.).

20. Conclusion – En conclusion, la suspicion permet en ces circonstances de protéger l'inapte, tout régime d'inaptitude et d'incapacité en résultant étant établi seulement en sa faveur, mais aussi dans une perspective d'assurer la stabilité contractuelle.

2. Période suspecte de la maladie réputée mortelle du donateur et de la protection du donateur ou du testateur contre le cocontractant sans scrupules

21. Personnes affaiblies par la maladie, l'âge ou le handicap – La personne hébergée dans un centre de soins ou affaiblie par la maladie, l'âge ou le handicap a besoin d'une protection accrue à l'égard de tout cocontractant sans scrupules. La suspicion provient d'une vraisemblance d'exploitation et ouvre la voie à une demande de nullité. La technique de protection en ces cas va bien au-delà d'une plausible nullité ; la nullité est établie dès le départ à des degrés variés et avec possibilité ou non de confirmer le don ou de valider le legs selon les circonstances. La reconnaissance de droits protégés s'étend aussi aux personnes âgées ou handicapées dans la *Charte des droits et libertés de la personne* : elle entend assurer une protection contre toute forme d'exploitation. La nullité présumée ou déclarée répond à une probabilité de suspicion que le législateur tient pour plus que vraisemblable.

22. Nullité établie a priori – La tradition civiliste ne se limite plus à prévoir une période suspecte, comme dans le cas de la maladie réputée mortelle, mais établit une nullité *a priori* sans possibilité de remédier au vice ou au défaut de consentement. Les circonstances peuvent aider à valider les dons faits pendant le cours de la maladie réputée mortelle. Elles ne peuvent être invoquées au soutien des dons et des legs faits pendant la période d'hébergement. Les régimes divergent mais les objectifs demeurent : la protection de la personne affaiblie par l'âge, la maladie ou le handicap.

23. Donation faite pendant le cours de la maladie réputée mortelle – La donation faite durant la maladie réputée mortelle du donateur est nulle comme faite à cause de mort sauf circonstances qui aident à la valider et sans égard à la survie du donateur. La donation peut valoir si le donateur se rétablit et laisse le donataire en possession pendant trois ans[41]. Le *Code civil du Québec* maintient ce motif de nullité décrié sous le *Code civil du*

---

41 C.c.Q., art. 1820.

Bas Canada[42] en tant que vestige de la Coutume de Paris[43]. La liberté de tester et l'absence de réserve ou de légitime ne justifiaient pas alors le maintien, pour certains, de cette prohibition[44]. Il est possible de le constater : le désir de protection du donateur durant la maladie réputée mortelle inspire tout autant les réformateurs modernes que les codificateurs sous l'ancien droit. Il est également possible de soutenir que le contexte social peut avoir changé, mais le comportement du donateur au fil des décennies ne s'est pas modifié : il a toujours une propension à vouloir se départir de ses biens ou plaire à son entourage.

24. Conditions de la prohibition – Cette prohibition est soumise à certaines conditions. Elles concernent la maladie réputée mortelle du donateur et l'absence de circonstances aidant à valider la donation. Premièrement, le donateur est atteint d'une maladie réputée mortelle. Cette condition est objective : l'imminence de la mort. Certaines maladies frappent le malade pour de longues périodes, telle la condition cardiaque ou encore la maladie dégénérative. En ces cas, seule la phase terminale est vraiment concernée par la présomption[45]. Deuxièmement, le donateur connaît les conséquences possibles de la maladie, caractérisée par l'imminence de la mort, au moment de la donation[46]. La maladie se caractérise par un trait prochain à la mort[47]. Le donateur est conscient d'être près de la mort. Le médecin l'informe de son état grave et l'invite même à régler ses diverses affaires[48].

---

42 C.c.B.C., art. 762.

43 Voir Thomas KENNEDY RAMSAY, *Notes sur la coutume de Paris*, Montréal, Imprimerie de la Minerve, 1863, p. 64, Coutume de Paris, art. 277 ; Châteauguay PERRAULT, « Donations faites durant la maladie réputée mortelle du donateur », (1942) 2 *R. du B.* 245, 246 ; Alastair M. WATT, « Dons manuels Made During the Last Illness of the Donor », (1934-35) 13 *R. du D.* 230, 231 et 232.

44 C. PERRAULT, *loc. cit.*, note 43, 246 ; A.M. WATT, *loc. cit.*, note 43, 235. Voir les propos de M. le juge Rinfret, dans l'arrêt *Pesant* c. *Pesant*, [1934] R.C.S. 249, 261.

45 *Michaud-Caron* c. *Dufour*, J.E. 2005-44 (C.S.).

46 C. PERRAULT, *loc. cit.*, note 43, 246 ; *Traité de droit civil du Québec*, t. 5, par Hervé ROCH, Montréal, Wilson & Lafleur, 1953, p. 51.

47 C. PERRAULT, *loc. cit.*, note 43, 247 ; H. ROCH, *op. cit.*, note 46, p. 51.

48 *Lachance* c. *Lachance*, (1926) 41 B.R. 260. Le médecin avise la malade atteinte d'une crise de paralysie de veiller à ses affaires temporelles et de recevoir immédiatement le sacrement des malades. Les contrats de vente consentis par cette malade sont annulés, car ils sont considérés comme des donations déguisées consenties dans le cours de la maladie réputée mortelle de la donatrice.

Test subjectif s'il en est : le malade se croit mourant lors de la donation[49]. Ces deux premières conditions sont liées : imminence objective de la mort et croyance subjective du malade dans son état de mourant. Faut-il souligner que la présomption est interprétée restrictivement. Ainsi, la mort peut être imminente sans pour autant dépendre d'une maladie : la vieillesse ou l'opération chirurgicale majeure ne sont pas considérées maladies réputées mortelles[50]. Troisièmement, aucune circonstance n'aide à valider la donation[51]. Le tribunal jouit d'une certaine discrétion dans l'appréciation de ces circonstances ; il analyse les motifs susceptibles de neutraliser cette présomption réfragable. Ces circonstances susceptibles de justifier la validité de la donation sont diverses : elles tiennent de l'ignorance par le donateur du caractère mortel de sa maladie[52], de l'accomplissement de la donation à titre de satisfaction d'une obligation morale[53] ou civile antérieure, de récompense pour services rendus[54], de l'exécution de projets d'avenir ou de pension viagère[55]. Ces circonstances excluent toute intention de donner à cause de mort[56].

Le donateur peut survivre et la donation demeure nulle sauf, cependant, circonstances qui peuvent la valider. La survenance ou non du décès n'altère pas la nullité prévue de la donation faite durant le cours de la maladie mortelle. Le fait, toutefois, pour le donataire de demeurer en possession des objets donnés pendant trois ans, nonobstant le retour à la santé du donateur, valide la donation et fait disparaître le vice de nullité. Le législateur n'établit qu'une nullité relative que seuls peuvent invoquer le donateur ou ses héritiers légaux et testamentaires[57]. L'article 1820 C.c.Q. n'énonce qu'une présomption susceptible d'être repoussée par une preuve contraire[58].

---

49 *Bolduc* c. *Bolduc (Succession de)*, J.E. 2001-59 (C.S.).

50 H. ROCH, *op. cit.*, note 46, p. 50 ; *Michaud-Caron* c. *Dufour*, J.E. 2005-44 (C.S.).

51 *Gariépy* c. *Succession Émile Pilon*, (1969) 15 *McGill L.J.* 465, 473 ; H. ROCH, *op. cit.*, note 46, p. 53 et 54 ; C. PERRAULT, *loc. cit.*, note 43, 247 et 248.

52 *Pesant* c. *Pesant*, [1934] R.C.S. 249.

53 *Legris et Baulne* c. *Chené*, (1914) 23 B.R. 571.

54 *Valade* c. *Lalonde*, (1897) 27 R.C.S. 551.

55 *Raiche* c. *Alie*, (1869) 1 R.L. 77 (C.S.).

56 *Gariépy* c. *Succession Émile Pilon*, (1969) 15 *McGill L.J.* 465, 473.

57 C. PERRAULT, *loc. cit.*, note 43, 246.

58 *Pesant* c. *Pesant*, [1934] R.C.S. 249, 262 (j. Rinfret).

25. Maladie réputée mortelle et période suspecte – La période de la maladie réputée mortelle est apparue suspecte en ce qui concerne les dons que le malade pouvait alors prévoir. La technique en ce cas diffère de celle prévue préalablement pour les actes précédant les régimes de protection. La nullité des dons pendant la maladie mortelle est expressément prévue. La sanction est établie au départ et non pas simplement la preuve de leur nullité plausible facilitée.

26. Dons et legs au personnel des centres d'hébergement et d'hospitalisation – C'est à la même technique que le législateur a recours pour contrer les libéralités faites par les personnes résidentes dans les centres d'hébergement et dans les centres d'hospitalisation : la nullité des dons et des legs au personnel de ces centres est prévue expressément alors que le donateur y réside[59]. La présomption de captation, sous-jacente à cette disposition est absolue et la nullité est impérative[60]. Les circonstances et la volonté du donateur ou du testateur ne peuvent alors confirmer la donation ou le legs. Il en est autrement pour le don fait pendant la maladie mortelle : les circonstances entourant le don et le retour à la santé peuvent le valider. Le départ du centre d'hébergement ne peut en soi permettre la validité du don ni confirmer le legs. Le donateur ou le testateur doivent, le cas échéant, procéder à un nouveau don ou à un nouveau legs s'ils veulent avantager le personnel du centre d'hébergement. La période d'hébergement est une période suspecte : la nullité vise le don ou le legs *à l'époque où* le testateur ou le donateur y est soigné ou pour davantage de précision, au temps de son hébergement[61]. Le terme « époque » laisse subsister une ambiguïté que révèle l'affaire *Aubry* c. *Acosta*[62]. Aubry réside dans un centre d'hébergement. Une nouvelle préposée aux bénéficiaires, Ana, se révèle très attentive à l'égard d'Aubry, ce qui ne plaît pas à son entourage. Ana est alors remerciée de ses services, dit-on, pour des raisons d'abolition de postes de travail, mais aussi dans les faits sur les pressions de la famille Aubry. Aubry aménage dans un autre centre d'hébergement. Il communique avec Ana qui lui rend visite régulièrement. Aubry, sur sa propre initiative, fait préparer un testament notarié au profit d'Ana. À son décès, la famille soutient la nullité du testament aux termes de l'article 761 C.c.Q. Le legs à Ana est-il

59 C.c.Q., art. 1817 pour les dons et C.c.Q., art. 761 pour les legs.

60 *Aubry* c. *Acosta*, [2001] R.J.Q. 423 (C.S.).

61 *Id.*

62 *Id.*

valide bien que rédigé alors que le testateur ne résidait plus et qu'Ana ne travaillait plus au premier centre d'hébergement ? C'est alors que le tribunal accorde à ce terme « époque » une interprétation restrictive : ne peuvent être visés que les actes qu'a pu poser le testateur ou le donateur alors qu'il résidait au centre d'hébergement et alors qu'à ce moment y travaillait le donataire ou le légataire. La prohibition ne peut s'étendre aux actes accomplis alors que le bénéficiaire ne réside plus au centre d'hébergement concerné. En revanche, la protection recevra une interprétation extensive en vue de protéger les personnes hébergées non seulement dans les centres accrédités mais aussi dans ceux qui opèrent en marge du réseau public[63].

27. Protection des personnes âgées ou handicapées contre l'exploitation – Autre régime tout à fait particulier, celui de la protection des personnes âgées ou handicapées contre toute forme d'exploitation dans le cadre de la *Charte des droits et libertés de la personne*[64]. Les dispositions de la *Charte des droits et libertés de la personne* jouissent d'un statut privilégié comme règles fondamentales du système juridique québécois. La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* le rappelle en réaffirmant le rôle à la fois des dispositions de la Charte et des règles énoncées au Code civil : « Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. » L'exploitation n'est pas en soi un motif de nullité dans le *Code civil du Québec*. Certes, il est possible pour tout justiciable, y compris la personne âgée, d'invoquer la possibilité de réduire ou même d'annuler tout engagement qui découle d'une clause abusive d'un contrat d'adhésion ou de consommation. Il est également possible de faire appel aux causes de nullité reconnues au Code dans le domaine des libéralités et ces causes de nullité peuvent comprendre l'exploitation sous l'égide soit des vices de consentement soit sous celui de la captation soit de la présomption de nullité des dons et des legs aux administrations ou aux salariés dans le domaine des établissements de santé et de leur personnel. Est-il possible de voir dans la disposition de la Charte sur l'exploitation une protection nouvelle pour les personnes âgées ou handicapées ? L'interprétation généreuse de la Charte favorise

---

63 *Lafortune* c. *Bourque*, [2000] R.J.Q. 1852 (C.S.), conf. par *Masse-Lafortune (succession de)*, [2003] R.J.Q. 1437 (C.A.) ; *contra* : *Dupaul* c. *Beaulieu*, [2000] R.J.Q. 1186 (C.S.) ; *Labbé* c. *Laflamme*, [1997] R.J.Q. 1054 (C.S.) ; *Blanchette-Miller* c. *Brochu*, J.E. 2000-1791 (C.S.).

64 L.R.Q., c. C-12, art. 48.

assurément une telle interprétation : il y a alors la possibilité de l'indemnisation du préjudice subi et même en cas d'atteinte intentionnelle celle des dommages-intérêts punitifs[65]. Dans l'arrêt *Vallée* c. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, la Cour d'appel du Québec étudie l'impact de l'article 48 de la Charte sous trois dimensions. D'abord, elle analyse ce droit comme étant un droit strict de protection. Elle le fait en ces termes : « [L']article 48 de la Charte constitue une disposition de droit substantiel qui confère à la personne âgée le droit strict d'être protégée contre toute forme d'exploitation. »[66] Puis, elle considère cette protection comme indépendante et complémentaire de celle énoncée au Code civil et dans d'autres lois statutaires. Elle en soutient alors une interprétation libérale et une « reconnaissance d'un droit autonome et distinct de ceux énoncés au *Code civil du Québec* »[67]. Elle y voit un « régime spécial destiné à tempérer les injustices en introduisant une idée de moralité dans les relations entretenues avec une personne âgée »[68]. Enfin, la Cour d'appel estime que la personne âgée se voit protégée « contre toute forme d'exploitation même si, du strict point de vue des règles de droit civil, son consentement est valide ou encore lorsqu'elle ne satisfait pas les conditions pour être déclarée inapte »[69]. Et en empruntant les termes de la Cour d'appel, il est possible d'affirmer que l'exploitation visée par l'article 48 de la Charte diffère de la lésion énoncée au *Code civil du Québec* « – notamment en ce que celle-ci a trait à un vice de consentement lorsqu'une personne contracte une obligation –, il demeure qu'elle s'en rapproche en réprouvant toute forme d'abus dont peuvent être victimes les personnes âgées, un abus qui peut se manifester par une disproportion, un déséquilibre important et injuste dans leurs rapports avec autrui »[70]. Donc, au-delà du *Code civil du Québec*, la personne âgée ou handicapée peut bénéficier d'une protection additionnelle, même en l'absence de lésion, même en l'absence d'un régime de protection comme la tutelle ou la curatelle, même en l'absence d'un vice de consentement ou d'un dol, s'il est possible de déduire des cir-

---

65 *Id.*, art. 49.

66 *Vallée* c. *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse*, [2005] R.J.Q. 961, par. 23 (j. Thibault) (C.A.).

67 *Id.*, par. 25 (j. Thibault).

68 *Id.*, par. 37 (j. Thibault).

69 *Id.*, par. 26 (j. Thibault).

70 *Id.*, par. 41 (j. Thibault). Voir à propos de l'exploitation *Longtin* c. *Plouffe*, [2001] R.J.Q. 2635 (C.S.).

constances des donations une exploitation équivalente à un abus, une disproportion majeure ou un déséquilibre significatif. En revanche, il ne faudrait pas pour autant croire à de l'exploitation dès la présence d'une donation par une personne âgée ou handicapée ; il peut y avoir don fait de manière éclairée et spontanée de la part du donateur, ce qui écarte toute demande d'annulation en fonction du Code civil comme de la Charte des droits et libertés[71].

Qu'il nous soit possible d'affirmer brièvement que ce régime de nullité que nous voyons poindre aux termes de l'article 48 de la Charte est tout à fait exceptionnel et contestable et qu'il s'ajoute à ceux prévus au Code au lieu de le compléter. Nous pouvons dès lors constater que les techniques de protection divergent mais les objectifs demeurent : neutraliser les actes suspects en raison des circonstances de la maladie, de l'âge et du handicap. La stabilité contractuelle est évidemment recherchée tout autant que la protection de la personne âgée, malade et handicapée.

3. Attitude des tribunaux face au don manuel en périodes suspectes ou d'exploitation

28. Suspicion et interprétation du don manuel – Autre fait intrigant dans ces diverses mesures de protection : l'attitude que peut adopter le tribunal face au don manuel. Le donateur utilise, dans les circonstances préalablement présentées, le don manuel : l'intention libérale jointe à la tradition du bien meuble suffit à constituer un don manuel valide. Or, les tribunaux n'entretiennent pas nécessairement un sentiment favorable à cette modalité des libéralités. Ils sont donc enclins à interpréter restrictivement, par méfiance et suspicion, le don manuel ; ils invalident le don manuel qui s'étend à la majeure partie des biens du donateur ou à d'importantes sommes d'argent[72]. Ils veulent aussi favoriser la protection des personnes âgées

---

71 *Lemire* c. *Huppé-Lambert*, J.E. 2004-923 (C.S.).
Les commentaires publiés relativement à l'arrêt de la Cour d'appel sont défavorables à l'analyse que fait cette Cour de l'article 48 de la Charte et préfèrent laisser le Code civil régir la validité du contrat dans sa formation et ses effets. Daniel GARDNER et Dominique GOUBAU, « L'affaire *Vallée* et l'exploitation des personnes âgées selon la Charte québécoise : quand l'harmonie fait défaut », (2005) 46 *C. de. D.* 961 ; Frédérique SABOURIN, « L'arrêt *Vallée* de la Cour d'appel : la Charte québécoise à la rescousse du Code civil en matière d'exploitation des personnes âgées », (2005-2006) 36 *R.D.U.S.* 309.

72 *Michaud-Caron* c. *Dufour*, J.E. 2005-44 (C.S.).

contre l'exploitation ou celle des personnes hébergées dans les centres spécialisés. Aussi, ils favorisent une interprétation généreuse de la protection énoncée à l'article 48 de la Charte comme droit fondamental. La suspicion justifie alors l'interprétation libérale de la protection contre l'exploitation des personnes âgées au nom de la Charte mais peut-elle soutenir tout autant l'interprétation restrictive à l'encontre du don manuel, tout particulièrement qu'il soit invalidé s'il porte sur la presque totalité de l'avoir du donateur ou sur des biens de grande valeur ?

29. Suspicion et étendue du don manuel – Or, le don manuel, étant une donation directe, ne devrait pas être apprécié de façon plus sévère que peuvent l'être les autres libéralités. Aussi, il est soumis aux règles de fond des libéralités entre vifs n'échappant qu'à la règle de la solennité quant à la forme ; il peut donc être annulé s'il est accompli pendant la maladie réputée mortelle du donateur[73]. Soulignons que la doctrine n'a jamais vraiment soutenu la thèse restrictive de son domaine d'application : le don manuel s'étend donc aux biens de grande valeur[74]. Soulignons également que le don manuel est parfois analysé comme la manifestation d'une volonté arrêtée de donner et ainsi une circonstance aidant à valider le geste posé et à écarter toute nullité de la donation possiblement faite pendant la maladie réputée mortelle du donateur[75]. Ainsi, la belle-mère remet un chèque à sa bru. Cette remise opère validement un don manuel et même si elle survient quinze jours avant le décès de la donatrice, entraîne un dessaisissement complet et la présomption de la nullité des dons pendant la maladie réputée mortelle est écartée[76]. La remise peut même survenir le jour du décès et la tradition, étant satisfaite en ce qui concerne le don manuel, confère à la donataire pleine discrétion sur le montant valablement donné[77]. La remise

---

73 C. PERRAULT, *loc. cit.*, note 43, 249 ; H. ROCH, *op. cit.*, note 46, p. 96 ; A.M. WATT, *loc. cit.*, note 43, 235.

74 *Lapierre* c. *Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [2004] R.D.F.Q. 151 (C.Q.).

75 *Fleury* c. *Boily et Canadian Pacific Express*, (1939) 77 C.S. 569.

76 *Cardinal* c. *Landes*, (1923) 61 C.S. 521 (j. de Lorimier) ; art. 762 C.c.B.C. et 1820 C.c.Q.

77 M. le juge Puddicombe l'affirme en ces termes : « In my view the moment plaintiff received the cheque she had the right to negotiate it, to cash it, or to deposit it in her own bank account. As she received it before the death of the donor it cannot be held that it was a gift in contemplation of death as it took effect immediately, that is to say, before the donor died. » *Gariépy* c. *Succession Emile Pilon*, (1969) 15 *McGill L.J.* 465, 486.

d'un chèque pour acquitter une dette ou encore pour avantager immédiatement le donataire permet pour une certaine jurisprudence d'écarter la présomption de nullité[78] ; s'ajoutent également comme motifs la suffisance des fonds et la négociabilité immédiate de l'effet de commerce. La remise ne peut pas comporter comme condition formelle que l'encaissement se fera après le décès du donateur : telle condition serait l'indice d'une donation à cause de mort, évidemment nulle en raison des principes généraux de la prohibition des donations à cause de mort et du principe plus spécifique de la présomption de nullité des dons pendant la maladie réputée mortelle[79]. Le décès y est alors vu comme une condition d'existence de la libéralité ; il en serait autrement s'il était simplement un terme ou une échéance[80]. La remise ne peut être fictive car il ne peut y avoir alors de don manuel. Ainsi, un touriste canadien est terrassé par une crise cardiaque lors d'un séjour aux États-Unis et contrairement à ses prétentions, il n'est pas couvert par son contrat d'assurance-maladie. À son retour au Québec, il se prétend sans actif pour ne pas acquitter les frais médicaux encourus aux États-Unis : bien plus, il dissimule des liquidités dans un coffret chez une de ses filles et devant une partie de la famille réunie à Pâques, il lui remet une enveloppe prétextant un don désintéressé. Le donateur décède un mois plus tard. Mais au dam de la donataire, la remise est perçue par le

---

78 *Rochon* c. *Rochon*, (1928) 45 B.R. 170, 175. Dans l'arrêt *Pesant* c. *Pesant*, [1934] R.C.S. 249, 255, Monsieur le juge Duff s'attache au dessaisissement irrévocable manifesté par la tradition au soutien de la validité du don manuel en ces circonstances : « I am forced to the conclusion that the finding of the learned trial judge that Dame Martineau intended to enter into a presently binding contract, by way of promissory note, and that she executed and delivered the document in question to her daughter, with that intention, could not properly be set aside. » Monsieur le juge Rinfret valide le don manuel, particulièrement pour ce motif d'un dessaisissement complet et immédiat en faveur du donataire, qui a accepté : « En plus, il faut se garder de confondre le terme d'échéance de la créance avec le droit du bénéficiaire qui a pris naissance dès son acceptation (art. 755 et 777 C.C., 1er et dernier parags.). En l'espèce, la donation s'est réalisée au moyen de la remise du billet souscrit par la donatrice à la donataire, qui l'a acceptée. Elle était dès lors complète et définitive. Son effet fut immédiat. L'acte de Madame Pesant ne peut pas être caractérisé comme "une donation pour n'avoir effet qu'à cause de mort", suivant les termes de la prohibition de l'article 758 C.C. » (p. 263). Cette position du juge Rinfret suggère une plus grande tolérance à l'égard du don manuel qu'à l'égard des autres formes de libéralités entre vifs face à la présomption de l'article 762 C.c.B.C.

79 *Rochon* c. *Rochon*, (1927) 65 C.S. 108 (j. Trahan).

80 *Belisle* c. *Sarrazin*, (1964) B.R. 471, 473 (citant le tribunal de première instance).

tribunal comme étant fictive car elle vise à tromper les créanciers[81]. Il ne peut y avoir don car la remise a été faite en fraude des droits des créanciers et pendant la maladie réputée mortelle du donateur. N'oublions pas l'attitude récente de certains jugements qui invalident le don manuel si le donateur se dessaisit de sommes importantes ou de la presque totalité de son avoir[82] : telle interprétation restrictive fait revivre l'influence d'une décision isolée de l'ancien droit qui analysait restrictivement à tous égards le don manuel[83] et aussi telle interprétation ne peut se justifier dans le contexte même du régime général des libéralités. Voilà donc une véritable suspicion à l'égard de ce mode de disposition à titre gratuit qui peut dissimuler captation ou fraude. Le don manuel n'a pas à être apprécié de façon plus sévère ni plus permissive que ne le sont les autres donations. Si les tribunaux veulent invoquer comme critère de nullité, en certaines circonstances, le fait que le donateur se soit dépouillé de la majeure partie de son actif ou mis en situation financière inconfortable, qu'ils le fassent sans égard à la modalité du don, donations directes ou indirectes, dons notariés ou dons manuels[84]. Il est vrai que les tribunaux ont invoqué l'absence véritable d'intention de donner dans diverses décisions qui portaient sur la remise de sommes importantes : ils pouvaient le faire à la lumière des faits, car il n'y avait qu'apparence de don manuel sans dessaisissement véritable[85]. Ils pouvaient également le faire, car il y avait atteinte à la règle de la donation affectée de nullité si elle est accomplie pendant la maladie mortelle du donateur[86]. Ils pouvaient également le faire, car il y avait dissimulation d'actifs en fraude des droits des créanciers[87]. Nous sommes à même de constater une incohérence dans le jeu de l'interprétation du don manuel dépendant des circonstances de réalisation. L'interprétation favorable au don manuel en

---

81 *Guaiani (Succession de)* c. *Guaiani*, J.E. 98-1540 (C.S.).

82 *Évrard* c. *Lefrançois*, [2001] R.L. 550 (C.A.) ; *Goodale* c. *Sharples-McCall*, [2004] J.Q. (Quicklaw) nº 9343, J.E. 2004-1645 (C.S.).

83 *Forest* c. *Parent*, [1949] R.L. 1 (C.S.). Cette décision, déjà isolée sous l'ancien droit, est de nouveau suivie, à notre avis avec erreur, dans les affaires *Évrard* c. *Lefrançois*, [2001] R.L. 550 (C.A.) et *Goodale* c. *Sharples-McCall*, [2004] A.Q. (Quicklaw) nº 9343, J.E. 2004-1645 (C.S.).

84 *Descôteaux* c. *Descôteaux*, J.E. 2004-1904 (C.S.).

85 *Turcotte* c. *Turcotte*, REJB 1998-06474 (C.S.) ; *Guaiani (Succession de)* c. *Guaiani*, J.E. 98-1540 (C.S.).

86 *Guaiani (Succession de)* c. *Guaiani*, J.E. 98-1540 (C.S.).

87 *Id.* ; *Turcotte* c. *Turcotte*, REJB 1998-06474 (C.S.).

raison de son dessaisissement s'il est fait pendant le cours de la maladie réputée mortelle et alors la présomption est interprétée restrictivement. À l'opposé, l'interprétation libérale de la protection de certaines personnes à l'encontre de l'exploitation tant sous le *Code civil du Québec* que sous la Charte des droits et libertés incite à limiter le domaine même du don manuel.

4. Protection des créanciers en périodes suspectes

30. Suspicion et créanciers – Les créanciers peuvent également voir leurs droits mis en péril à l'occasion de la survenance d'un événement, tel un divorce, un décès, une insolvabilité ou une faillite.

31. Suspicion et aliénation d'un bien du patrimoine familial – L'aliénation d'un bien peut avoir été accomplie au détriment d'un droit au partage de la valeur de ce bien. À titre d'exemple, l'égalité économique des conjoints est axée sur le partage de la valeur du patrimoine familial. Un époux pourrait donc disposer des biens immatriculés en son nom et susceptibles d'être compris dans un éventuel partage du patrimoine familial. Ainsi, il pourrait s'approprier une plus grande part dans le partage de la valeur des biens du patrimoine familial au détriment de son conjoint lésé. Le législateur prévoit la possibilité d'un paiement compensatoire s'il y aliénation de biens familiaux sans qu'ils aient été remplacés. Cette possibilité respecte à la fois le droit de propriété qui est maintenu pour chaque conjoint sur les biens compris dans le patrimoine familial et immatriculés à leur nom respectif et l'attribution d'un droit au partage de la valeur des biens familiaux lors de l'avènement du divorce, de la séparation de corps ou du décès. Cette possibilité respecte également la faculté pour chacun des époux de disposer de ses biens dans le patrimoine familial, en partie ou en totalité, sans pour autant avoir à les remplacer par d'autres biens compris dans le patrimoine familial. Tel geste posé par un époux en anticipation d'un divorce ou d'une séparation de corps ne peut être que suspect, sauf évidemment des circonstances qui peuvent le justifier tel le paiement des dettes du ménage[88] ou des dettes fiscales[89]. La possibilité d'un paiement compensatoire remédie à la distorsion que peut causer un tel geste suspect dans le calcul de la valeur du patrimoine familial.

---

88 *Droit de la famille – 1915*, [1994] R.D.F. 42 (C.S.).

89 *Droit de la famille – 2384*, [1996] R.D.F. 410, [1996] R.J.Q. 912 (C.S.).

S'il y a aliénation d'un bien du patrimoine familial dans l'année qui précède la survenance du décès de l'un des conjoints ou de la demande en divorce, en séparation de corps ou de l'annulation de mariage et que ce bien n'a pas été remplacé, il sera possible pour le tribunal de tenir compte de la valeur de ce bien dans l'établissement de la valeur nette partageable. Le tribunal pourra, à sa discrétion mais non pas d'une manière automatique[90], ordonner un paiement compensatoire au bénéfice du conjoint lésé[91]. Si le tribunal établit la valeur nette du patrimoine familial à la date de la cessation de la vie commune, il devait dès lors tenir compte de cette dernière date pour le calcul du délai d'un an[92]. Aucune preuve additionnelle n'est exigée si ce n'est celle de l'aliénation d'un bien familial non remplacé au cours de l'année précédant le décès ou la demande en divorce ou séparation de corps ou en annulation de mariage[93]. En certaines circonstances, l'aliénation a pu être faite en vue de divertir le bien du patrimoine familial, il sera alors nécessaire d'établir la preuve d'une manœuvre malhonnête[94]. Si l'aliénation est survenue plus d'une année avant le décès ou la demande en divorce ou séparation de corps ou en annulation de mariage, le tribunal peut ordonner également un paiement compensatoire sous réserve d'une preuve préalable d'une aliénation faite dans une intention préjudiciable, c'est-à-dire dans le but de restreindre les biens personnels compris dans le patrimoine familial[95]. Autrement, une telle disposition est possible.

32. Suspicion et liquidation d'une succession – La suspicion peut se manifester de diverses manières lors de la liquidation d'une succession. Elle peut se manifester face aux libéralités survenues avant le décès qui diminuent de façon significative l'actif de la succession aux fins de calcul de la créance alimentaire versée au décès. Elle peut également survenir si les héritiers présomptifs ne sont pas informés de la demande de vérification d'un testament ou si les créanciers litigieux ne peuvent consulter l'inventaire des biens de la succession.

33. Suspicion et aliénation à titre gratuit faite avant le décès par le débiteur alimentaire – L'obligation alimentaire versée au décès dépend de

---

90 *Droit de la famille – 1915*, [1994] R.D.F. 42, 44 (C.S.).

91 C.c.Q., art. 421.

92 Voir au même effet : *C.-É.H.* c. *A.D.*, [2003] R.D.F. 564, 568 (C.S.).

93 *S.C.* c. *M.Co.*, J.E. 2006-94 (C.S.).

94 *Droit de la famille – 1915*, [1994] R.D.F. 42, 44 (C.S.).

95 C.c.Q., art. 421.

la valeur de la succession. Or, certains gestes posées par le *de cujus* de son vivant peuvent diminuer d'autant la valeur de la succession et avoir un impact significatif sur le montant alloué de la créance alimentaire. Le législateur s'est révélé soucieux de protéger les créanciers d'aliments et exige que la valeur de biens aliénés à titre gratuit entre dans le calcul de la créance alimentaire. Le législateur prévoit donc une période suspecte de trois ans précédant le décès. Les gestes visés sont les libéralités accomplies pendant cette période. Ces libéralités sont même définies aux articles 689 à 691 C.c.Q. Ces libéralités comprennent toute aliénation qu'a pu consentir le *de cujus* pendant cette période telle l'aliénation d'un bien à vil prix, la désignation d'un bénéficiaire à une police d'assurance dont le produit aurait été autrement versé aux héritiers présomptifs de la succession, notamment le conjoint survivant, les enfants, etc. La valeur des biens aliénés est comptabilisée dans le calcul de la valeur de la succession. Les aliénations comme telles ne sont pas annulées ; elles peuvent être évidemment affectées par la réduction de valeur qui pourrait se produire[96]. Le législateur tient compte des impératifs d'ordre public mais aussi de la faculté dont jouit toute personne de disposer de ses biens de son vivant et à sa discrétion. Voilà donc un exemple additionnel de période suspecte.

34. Suspicion et vérification d'un testament – Il nous semble que les intéressés dans les procédures en vérification d'un testament olographe ou devant témoins ne peuvent être restreints à certains successibles sur la foi d'une interprétation restrictive des textes du *Code civil du Québec*. La vérification d'un testament doit être portée à la connaissance, aux termes de l'article 772 C.c.Q. des héritiers et successibles connus, sauf dispense du tribunal. À notre avis, les successibles devraient également comprendre les héritiers présomptifs et non se limiter aux seuls légataires universels ou à titre universel du testament soumis pour vérification. Or, la vérification entend conserver au greffe de la Cour supérieure le document produit comme testament et également en attester, quant à la forme, la conformité à la loi. Monsieur le juge Gomery, dans l'affaire *Lamothe-McRobert (succession de)*, invoque les objectifs restreints de la vérification au soutien de l'interprétation restrictive[97]. Mais la mise en cause des héritiers présomp-

---

96 C.c.Q., art. 693.

97 *Lamothe-McRobert (succession de)*, (1995) R.J.Q. 2724, 2728 et 2729 (C.S.). Il l'affirme ainsi :

> Considérant la portée limitée d'un jugement de vérification et la faveur que la loi accorde à la succession testamentaire, il serait inutile et déraisonnable d'obliger la personne qui recherche

tifs, en tant que successibles au sens de l'article 619 C.c.Q., nous semble de loin préférable[98]. La vérification peut être une occasion privilégiée pour mettre un terme aux soupçons et aux doutes que peut entretenir la famille déshéritée.

35. Suspicion et communication aux créanciers de l'inventaire de la succession – La confection de l'inventaire permet aux héritiers, légaux ou testamentaires, d'échapper à une responsabilité personnelle quant aux dettes de la succession. Or, les intéressés peuvent prendre connaissance de l'inventaire des biens d'une succession. Les créanciers litigieux se voient reconnaître cette possibilité, ce qui leur permet de se prévaloir de mesures préventives et non d'être contraints seulement de réagir *a posteriori*[99]. La

---

la vérification d'un testament à essayer d'éliminer toute source potentielle de contestation. L'objectif du législateur n'était pas de convertir la procédure en vérification en procédure de contestation ; il ne voulait qu'accorder « plus de poids aux effets du jugement », sans pour autant modifier radicalement sa nature.

Il serait d'ailleurs illogique d'appeler à la vérification toute la parenté immédiate ou éloignée du défunt ; une telle exigence demanderait à la partie requérante d'anticiper l'annulation du testament qu'il veut prouver. Le résultat prévisible d'un appel à la vérification des personnes qui n'ont pas, à première vue, le droit d'hériter quoi que ce soit, serait des contestations prématurées, le ralentissement d'une procédure essentiellement préliminaire et des coûts accrus, le tout au détriment des intérêts des héritiers véritables.

98 *Durand (succession de)*, [1997] R.J.Q. 617 (C.S.).

99 Voir les propos de Madame la juge Bich dans l'affaire *Bergeron* c. *Fortier*, [2005] R.J.Q. 982, par. 38 et 39 (C.A.) :

> Enfin, l'idée que le seul recours dont dispose le créancier litigieux à l'encontre d'une provision insuffisante (ou d'une quelconque violation des articles 808 à 814) soit celui de l'article 815 ou de l'article 817 C.c.Q me paraît erronée et, pour tout dire, contraire au principe de protection des créances sous-jacent aux articles 808 et suivants et, en fait, sous-jacent, comme on l'a vu plus tôt, à toutes les dispositions du Code civil sur l'inventaire et la liquidation d'une succession. Il n'y a pas de raison d'empêcher le créancier litigieux de prendre les mesures préventives qui lui permettent de protéger l'exécution éventuelle de sa créance plutôt que de le condamner à laisser les choses se faire puis à tenter de les défaire en usant des recours curatifs des articles 815 et 817 C.c.Q. Mieux vaut prévenir que guérir, dit le proverbe, qui trouve à s'appliquer ici pleinement.
>
> Je suis donc d'avis que le créancier litigieux visé par les articles 808 et suivants a le droit d'en exiger le respect, s'il peut agir en temps utile : or, pour pouvoir agir, il doit préalablement se renseigner sur la solvabilité ou l'insolvabilité de la succession et pour cela, il doit nécessairement consulter l'inventaire, qui lui permettra précisément de s'assurer de la solvabilité ou de l'insolvabilité de la succession et du traitement que reçoit sa créance. C'est ce que veulent les intimés et on doit leur donner raison, comme l'a fait en l'espèce le juge de première instance. De toute évidence, le créancier litigieux est un intéressé au sens de l'article 795 C.c.Q. en ce qu'il tire ou peut tirer un avantage direct et personnel de la consultation de l'inventaire, consultation qui est le préalable à l'exercice efficace des droits que lui confèrent les articles 808 et s. C.c.Q.

protection des intérêts des créanciers mène à lever tout doute ou tout soupçon ; que ce soit au profit des créanciers, non seulement connus mais également litigieux.

36. Suspicion et faillite – Dans le domaine de la faillite et de l'insolvabilité, les dispositions de biens peuvent aussi être remises en question dans une perspective de protection des créanciers. Il est possible de signaler à cet égard la période suspecte d'une année et de cinq années prévues pour certaines dispositions accomplies avant la date de la faillite[100]. Nous devrions dire, pour reprendre l'exacte formulation de la loi, que la période visée est celle du premier jour de l'année ou de la cinquième année précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement. Le législateur entend assurer la conservation des biens du failli par une présomption générale d'inopposabilité et il fait de même par une présomption plus limitée d'inopposabilité pour une période de cinq années si cette disposition mettait en péril la solvabilité du disposant. Évidemment, la disposition de bonne foi faite pour contrepartie valable n'est pas affectée par cette présomption. Nous pouvons également signaler la période de trois mois qui précède la faillite et pendant cette période sont tenus comme frauduleux et inopposables « tout transfert de biens ou charge les grevant, tout paiement fait, toute obligation contractée et toute instance judiciaire intentée ou subie par une personne insolvable en faveur d'un créancier ou d'une personne en fiducie pour un créancier, en vue de procurer à celui-ci une préférence sur les autres créanciers »[101].

CONCLUSION

37. Conclusion – La suspicion est sans doute un phénomène que l'on ne peut ignorer au su des diverses dispositions législatives, soit au *Code civil du Québec*, soit dans les lois statutaires, qui remettent en question ou qui permettent la remise en question d'actes juridiques survenus pendant une période prédéterminée avant la survenance d'un événement bien identifié. La période est parfois circonscrite à un délai fixé et précisé en fonction d'un nombre de jours, mois ou même d'années. La période peut en d'autres circonstances s'en remettre à un délai qui coïncide en partie ou en totalité avec la durée de l'événement visé, telle la période de la maladie

---

100 *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. (1985), c. B-3, art. 91.

101 *Id.*, art. 95(1).

mortelle, etc. La remise en question des actes survenus pendant la période identifiée provient bien souvent d'un état psychologique chez la personne qu'entend protéger le législateur : les sentiments de doute, de frustration et d'exploitation mènent essentiellement à la remise en question des actes alors accomplis. En ces cas, ce sont des principes d'ordre public, de liberté contractuelle, de capacité de contracter, de l'exclusion des donations ou actes équivalents qui ne prendraient effet qu'au décès. En ces cas, ces principes sont mis en péril par les actes suspects et ne sont-ils pas suspects pour la simple raison qu'ils se détournent des politiques législatives ? Il en est de même pour les professionnels au service des institutions fondamentales du pays : l'intégrité des institutions, telle la confiance dans la magistrature et dans des ordres professionnels, ne souffre pas les dérapages qui soulèvent la suspicion. La suspicion serait-elle devenue une forme de mise en garde pour tout comportement qui pourrait déroger à la confiance que méritent nos institutions ? C'est là sans doute une arme qui a pu se révéler efficace mais aussi qui est fort dangereuse en elle-même. Ne faudrait-il pas, bien au contraire, se méfier de la suspicion car les soupçons ne sont pas et ne devraient pas être source de droit ?

POUR UN DROIT COMMUN DE LA LÉSION MIXTE ENTRE MAJEURS*

Paul-A. CRÉPEAU, c.c., o.q., c.r., AD. E.**

---

* Cette étude, préparée dans le cadre d'un projet de recherche sur les principes du droit des obligations, est offerte à mon ami le professeur émérite Roger Comtois, notaire, en témoignage d'une profonde admiration qui, remontant aux années soixante, est née d'une précieuse collaboration à l'œuvre de réforme du Code civil, au sein de l'Office de révision du Code civil. Président du Comité des régimes matrimoniaux, entouré de M[e] Louis Marceau, secrétaire-rapporteur, de M[e] André Lesage et du P[r] Louis Baudouin, il a défendu avec fermeté le projet de la société d'acquêts comme régime de droit commun fondé sur deux idées : *indépendance* des époux dans la gestion de leur patrimoine respectif ; *partage* des bénéfices réalisés au cours de la société conjugale. Le projet fut finalement retenu malgré de vives oppositions de la part de forts groupes de pression attachés au régime de séparation de biens. Je tiens à dire que, si à titre de président de l'Office de révision du Code civil, j'assumais la responsabilité du rapport, le mérite revient, dans une large mesure, à maître Comtois qui, malgré l'absence d'un consensus professionnel, a su convaincre le gouvernement et l'Assemblée nationale de l'intérêt du nouveau régime.

** De la Société royale du Canada, professeur titulaire émérite de la Chaire Arnold Wainwright de droit civil, Faculté de droit, Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, Université McGill. Je désire exprimer ici ma plus vive gratitude à mes collègues Nicholas Kasirer et Luc Plamondon qui ont aimablement accepté de faire une lecture critique d'une version antérieure de ce texte et qui m'ont fait de fort utiles suggestions. Je veux exprimer ma vive reconnaissance à Madame Louise Ouimet, documentaliste au Centre de documentation de la Chambre des notaires, qui, avec courtoisie et diligence, nous a fourni une documentation, extraite des archives, sur la participation active et soutenue de la Chambre à l'œuvre de réforme du Code civil. Je veux aussi dire toute ma gratitude à Madame Amalia Pinos, attachée de recherche, qui, avec conscience et patience, a grandement contribué à l'élaboration des dossiers de recherche, à la vérification des sources et à la présentation des nombreuses versions du texte, de même qu'à Madame Manon Berthiaume, adjointe administrative, qui a assuré la transcription finale du texte destiné à l'éditeur. Je remercie, enfin, la Fondation Wainwright pour le soutien financier dans le cadre du projet de recherche sur les principes du droit des obligations.

« La reconnaissance générale de la lésion aurait assurément marqué le droit commun du sceau de la justice contractuelle »
Louise Rolland, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* » (1999) 22 R.D. McGill 903 à la p. 910.

Introduction

Le *Code civil du Québec* a voulu instaurer, en matière contractuelle, un plus juste équilibre entre deux valeurs fondamentales : liberté contractuelle et justice contractuelle[1].

---

1 Voir à ce sujet, notamment, Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec. Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005 ; Alain-Robert NADEAU (dir.), « La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives », (2006) *R. du B.* (numéro thématique) ; Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, nos 775 et suiv., p. 365 et suiv. ; Jean-Louis BAUDOUIN et Pierre-Gabriel JOBIN, *Les obligations*, 6e éd. par P.-G. Jobin avec la coll. de Nathalie Vézina, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, nº 13, p. 13 et suiv., nos 97 et suiv., p. 139 et suiv. ; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd. par J. Pineau et S. Gaudet, Montréal, Éditions Thémis, 2001, nos 17 et suiv., p. 31 et suiv., nos 101 et suiv., p. 208 et suiv. ; Maurice TANCELIN, *Des obligations*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, nos 56 et suiv., p. 32 et suiv., nos 206 et suiv., p. 96 et suiv. ; Paul-André CRÉPEAU avec la coll. de Élise CHARPENTIER, *Les Principes d'Unidroit et le Code civil du Québec : Valeurs partagées ? / The Unidroit Principles and the Civil Code of Québec : Shared Values ?*, Scarborough, Carswell, 1998 ; Élise CHARPENTIER, *L'équilibre des prestations : une condition de reconnaissance de la force obligatoire du contrat ?*, thèse de doctorat, Montréal, Institut de droit comparé, Université McGill, 2001 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « La stabilité contractuelle et le Code civil du Québec : un rendez-vous tumultueux », dans *Mélanges Paul-André Crépeau*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 417 ; Louise ROLLAND, « Les figures contemporaines du contrat et le *Code civil du Québec* », (1999) 44 *R.D. McGill* 903 ; Georges MASSOL, *La lésion entre majeurs en droit québécois*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989 ; Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998 ; Marie Annik GRÉGOIRE, *Le rôle de la bonne foi dans la formation et l'élaboration du contrat*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003. Voir aussi Jean CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, « Les obligations », 22e éd., Paris, Presses Universitaires de France,

Le rôle de la lésion entre majeurs nous situe précisément au cœur du problème en posant la question de l'équivalence des prestations au moment de la formation du contrat. À partir, en effet, de la notion aristotélicienne de justice commutative, à titre de vertu[2], on s'accorde à reconnaître que, dans la négociation d'un contrat onéreux comportant engagement réciproque à l'accomplissement d'une prestation, chaque partie s'attend à recevoir l'équivalent de ce qu'elle s'est engagée à fournir. Cette donnée psychologique, dont même l'enfant apprend vite à saisir tout l'intérêt, avait déjà été admise par Justinien[3] sous forme de norme juridique (lésion énorme: prix de vente inférieur à la moitié de la valeur) « afin de concilier les notions d'équité et de sécurité des contractants » ; elle a ensuite été reprise en tant que règle morale par St Thomas et les Canonistes[4] et, par la suite, comme règle juridique d'équité par les juristes de l'Ancien droit, notamment par Domat[5] et Pothier[6].

On connaît, à cet égard, le célèbre texte de Pothier[7] qui constitue l'expression classique de l'Ancien droit consacrant le régime de la lésion entre

---

2000, n°s 16 et suiv., p. 53 et suiv., n° 44, p. 104, n°s 78 et suiv., p. 156 et suiv. ; Georges RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1949.

2 Voir J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 1, n° 78, p. 156 et suiv. ; Jacques GHESTIN, « La formation du contrat », dans *Traité de droit civil*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., n°s 252 et suiv., p. 226 et suiv. ; G. RIPERT, *op. cit.*, note 1, n°s 74 et suiv., p. 129 et suiv. ; James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 10 et suiv. ; É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 1, p. 20 et suiv. ; Élise CHARPENTIER, « L'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* comme symbole de la transformation de la lésion », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *Mélanges Claude Masse*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 1.

3 Voir Raymond MONIER, *Manuel de droit romain*, 5e éd., Domat Montchrestien, 1954, n° 110, p. 138 et suiv.

4 Voir J. GORDLEY, *op. cit.*, note 2, p. 11 et suiv. ; É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 1, p. 23 et suiv.

5 Voir Jean DOMAT, *Les loix civiles*, Paris, Chez David Jeune, 1756, *Traité des lois*, L.I, T.I, s.VI, IX, p. 32 ; L.I, T.II, s.III, p. 37 ; L.I, T.II, s.IX, p. 44.

6 Voir Robert Joseph POTHIER, *Traité des obligations*, dans *Œuvres de Pothier*, 2e éd. par M. Bugnet, t. 2, Paris, Marchal et Billard, 1861, n° 33, p. 20 et 21.

7 *Id.* :

> L'équité doit régner dans les conventions : d'où il suit que, dans les contrats intéressés dans lesquels l'un des contractants donne ou fait quelque chose pour recevoir quelque autre chose, comme le prix de ce qu'il donne ou de ce qu'il fait, la lésion que souffre l'un des contractants,

majeurs comme cause de rescision des contrats, tout en y apportant tempéraments et exceptions, notamment en matière d'opérations mobilières « dont nos pères... faisaient peu de cas ».

Au moment de la Codification de 1857-1866, les Commissaires, fidèles à leur double mission[8] de décrire l'état du droit tel qu'alors il existait, mais aussi de suggérer les modifications qu'ils jugeaient désirables compte tenu des conditions sociales et économiques de l'époque, reprirent, en substance, à l'article 31 du *1er Rapport des Commissaires*[9], les règles décrites par Pothier. Ils estimèrent, toutefois, devoir proposer un amendement nouveau, correspondant à l'air du temps[10].

---

quand même l'autre n'aurait recours à aucun artifice pour le tromper, est seule suffisante par elle-même pour rendre ces contrats vicieux. *Car l'équité, en fait de commerce, consistant dans l'égalité, dès que cette égalité est blessée, et que l'un des contractants donne plus qu'il ne reçoit, le contrat est vicieux ; parce qu'il pèche contre l'équité qui y doit régner.* [Nous soulignons.]

8 *Acte concernant la codification des lois du Bas Canada, qui se rapportent aux manières civiles et à la procédure*, L.C. 1857, c. 43, art. 6.

9 *Code civil du Bas Canada, 1er Rapport des commissaires, Titre des obligations*, Québec, Stewart Derbishire & George Desbarats, s.d. (ca. 1861). L'article 31 du Rapport s'énonçait ainsi :

> Les majeurs sont restituables pour cause de lésion :
>
> 1º Dans les partages entre co-héritiers et co-propriétaires, lorsque la lésion excède le quart de la juste valeur ;
> 2º Dans les ventes d'immeubles, lorsque la lésion excède la moitié de la juste valeur, c'est-à-dire, lorsque le prix stipulé est moindre que la moitié de la valeur de la propriété.
> La restitution n'a pas lieu contre les contrats relatifs aux biens mobiliers ;
> […]
> Ni en faveur de l'acheteur.

> Persons of the age of majority are entitled to be relieved from their contracts on the ground of lesion:
> 1º In partitions between co-heirs and co-proprietors when the lesion exceeds a quarter of the just value;
> 2º In sales of immoveable property when the lesion exceeds the half of the just value, that is, when the price stipulated is less than half of the value of the property.
> They are not entitled to be relieved in contracts relating to moveable property;
> […]
> Or in favor of purchasers.

10 *Id.*, p. 40-43. L'amendement proposé se lisait ainsi :

> Les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs conventions pour cause de lésion seulement.

> Persons of the age of majority are not entitled to relief from their contracts for cause of lesion only.

Il convient, vu l'importance du changement proposé, de rappeler les raisons invoquées au soutien d'une telle décision[11] :

> À l'article 31(33) énonçant les cas où le majeur peut être restitué pour cause de lésion, les Commissaires proposent un amendement qui ôte ce recours dans tous les cas. C'est aller au-delà des dispositions de l'article du code français ; mais il est aisé de montrer que l'article suggéré est plus conforme aux *circonstances et à l'état de la société en ce pays* que l'ancienne règle. On a révoqué en doute la sagesse de l'article 1313 qui retient l'ancienne règle avec quelque modification et ce sujet a donné lieu à une discussion longue et sérieuse. Après une lecture attentive de cette discussion et un examen des raisons au soutien de la règle, tant dans les textes romains que dans les commentateurs, il semble qu'il n'y a aucun motif valable, dans un pays comme celui-ci, où la propriété foncière se transfère si facilement et est un objet de spéculation quotidienne, de donner à une personne dans l'exercice absolu de ses droits la faculté de se faire restituer contre son *imprudence*, dans cette espèce de contrat plutôt que dans tout autre. Cette règle *viole l'intégrité des contrats* sur laquelle les Commissaires ont spécialement insisté dans tout le cours de ce titre, et ils n'hésitent aucunement à recommander l'adoption de l'article qu'ils suggèrent comme amendement à la loi en force. (Nous soulignons).

La recommandation des Codificateurs fut adoptée, à un mot près, sans discussion, par le législateur et fut insérée à l'article 1012 du *Code civil du Bas Canada*[12] dans la section relative aux causes de nullité des contrats. L'article se lisait ainsi :

Les majeurs ne peuvent être restitués contre leurs contrats pour cause de lésion seulement.	Persons of the age of majority are not entitled to relief from their contracts for cause of lesion only.

Cet article et les commentaires des Codificateurs appellent deux observations concernant la *nature de la lésion traditionnelle* et le *fondement de la règle codifiée*.

---

[11] *Id*., p. 8 et 9. V. É. CHARPENTIER, *op. cit*., note 1, p. 102 et suiv.

[12] L.C. 1865, c. 41.

La nature de la lésion traditionnelle

On aura noté que le législateur, ici comme souvent ailleurs, n'avait pas estimé devoir définir le terme *lésion*. Il est dès lors légitime de lui attribuer le sens qu'il avait à l'époque de la Codification. On sait, à cet égard, que, suivant la nature du mandat qui leur avait été confié[13], les Codificateurs, en l'absence d'indication contraire, n'ont pas voulu donner à la lésion de l'article 1012 *C.civ.B.C.* un sens autre que celui qu'il avait dans le droit antérieur, notamment chez Pothier[14]. La lésion, dans les contrats onéreux, c'était l'égalité « blessée » résultant du fait qu'une partie avait reçu plus qu'elle n'avait donné. La lésion était ainsi conçue comme le *préjudice dont « souffrait » une partie du fait de la disproportion entre les prestations du contrat*. Mais, pour éviter « qu'on ne puisse facilement revenir contre les conventions », il « a été sagement établi pour la sûreté et la liberté des conventions », que « les majeurs ne sont point écoutés à se plaindre de leurs conventions pour cause de lésion à moins que la lésion ne soit énorme »[15].

Cette notion de la lésion entre majeurs, abandonnée en 1866, qui était fondée essentiellement et uniquement sur une *disproportion entre les prestations contractuelles* correspond à ce que les auteurs appellent aujourd'hui la lésion *objective*, pour la distinguer de la lésion *subjective* qui tient compte d'éléments relatifs à l'état, à la situation et à la condition des parties, et de la lésion *mixte*, conception nouvelle, qui comporte, nous le verrons plus loin, des éléments à la fois objectifs et subjectifs.

Le fondement de la règle codifiée

On retiendra, dans les propos des Codificateurs, deux motifs au soutien d'une modification aussi radicale du régime séculaire : « *l'état de la société* » au milieu du XIXe siècle et l'« *imprudence* » du contractant.

---

13 *Supra*, note 8.

14 Le *Traité des Obligations*, *op. cit.*, note 6, (nos 33 et suiv., p. 20 et 21) constitue, parmi d'autres mentions, la source directe de la première version de l'art. 31(33) du titre des obligations du 1er Rapport des commissaires, p. 43, *supra*, note 10. V., pour le droit antérieur, Henry DES RIVIÈRES BEAUBIEN, *Traité sur les lois civiles du Bas Canada*, t. 2, Montréal, Ludger Duvernay, 1832, p. 182.

15 *Id.*, no 34, p. 21. (Nous soulignons)

Il est incontestable que, sur le plan des valeurs, on a voulu assurer le triomphe de l'individualisme philosophique et du libéralisme économique que prônait la société bourgeoise de l'époque[16]. Dans un tel *état de la société*, l'on érigeait en dogme la ferme croyance que, dans l'ordre contractuel, une personne majeure et non déclarée juridiquement incapable – être abstrait, désincarné – était, en principe, réputée en mesure d'assurer elle-même, en toute connaissance de cause, seule ou, au besoin, avec l'aide de personnes compétentes qu'elle saurait choisir, la défense de ses propres intérêts. Être responsable, le contrat résulterait d'un accord pleinement assumé, en toute égalité, et cela au point que si la conclusion du contrat lui était préjudiciable, il ne pourrait l'imputer qu'à son « imprudence », donc à sa propre faute. *Caveat Contractor* ! Admettre la rescision serait violer *l'intégrité des contrats*.

On sait, toutefois, que la société québécoise a subi, depuis la fin du XIXe siècle, comme partout d'ailleurs dans le monde occidental, de profonds bouleversements issus de la révolution industrielle, de l'urbanisation, des fulgurantes découvertes de la science et de la technologie, des guerres mondiales et des suites incommensurables qu'elles ont engendrées, de l'avènement de la société de consommation et des loisirs, de la mondialisation des échanges et des transports : autant d'événements qui ont complètement transformé les schèmes de pensée traditionnels et les modes de vie séculaires.

Le Code civil de 1866, lui, – droit commun de la société civile – est demeuré largement, jusqu'à la deuxième moitié du XXe siècle, figé dans sa conception de la justice contractuelle, constituant ainsi l'illustre témoignage d'un flagrant décalage entre le droit civil et les réalités sociales qu'il était censé régir. Il n'est pas, à cet égard, totalement surprenant que, malgré toutes ces transformations sociales, l'article 1012 du *Code civil du Bas Canada* relatif à la lésion entre majeurs soit demeuré en vigueur, à titre de

16 Voir Gérard TRUDEL, *Lésion et contrat*, Montréal, P.U.M., 1965, chap. V, p. 113 et suiv. ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 1, n°s 71 et suiv., p. 112 et suiv. ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, n°s 154 et suiv., p. 302 et suiv. ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 1, n°s 54 et suiv., p. 31 et suiv. ; L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 1, 910 et suiv. ; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 1, p. 38 et suiv. ; Paul-André CRÉPEAU, « La renaissance du droit civil canadien », dans Jacques BOUCHER et André MOREL (dir.), *Livre du centenaire du Code civil [1]. Le droit dans la vie familiale*, Montréal, P.U.M., 1970, p. XIII.

règle de principe, du 1er août 1866 jusqu'à l'avènement du *Code civil du Québec*, le 1er janvier 1994 !

Il faut, tout de même, reconnaître que, durant ce long siècle d'immobilisme, le législateur, sous la pression de diverses situations jugées injustes ou peut-être politiquement inquiétantes, a cru parfois devoir édicter, dans des lois particulières et même dans le *Code civil*, des textes empreints d'un souci d'équité et de justice sociale, ainsi que l'a admirablement montré, en 1965, Gérard Trudel, dans son ouvrage *Lésion et contrat*[17].

L'auteur, après avoir mesuré « l'immense recul qu'ont subi la liberté et la sécurité contractuelles », estimait que « [l]a prolifération des exceptions [à l'article 1012 *C.civ.B.C.*] infirme actuellement la véracité de la règle qu'on proclame encore valable, faute d'avoir eu l'audace d'y toucher »[18]. C'est ainsi que, aux fins de rétablir, en matière contractuelle, un plus juste équilibre entre liberté et justice, entre équité et sécurité, l'auteur, s'appuyant sur l'expérience étrangère, suggéra l'adoption d'un *régime général renouvelé de la lésion*, qui a profondément influencé et inspiré les juristes chargés, à l'Office de révision du Code civil, de la réforme du droit des obligations.

Il peut ainsi être utile de décrire, d'abord, le processus d'élaboration, au sein de l'Office, du régime dit de la lésion « mixte » [I], de retracer, ensuite, à travers les diverses étapes de son évolution, le sort assez surprenant du régime de la lésion « mixte » [II].

I. ÉLABORATION DU RÉGIME DE LÉSION « MIXTE »

L'Office de révision du Code civil fut, dès le début de ses travaux, appelé à examiner le rôle de la lésion dans la théorie générale du contrat et, notamment, à revoir, dans un contexte social et économique différent, la décision prise par le législateur, en 1866, d'exclure la lésion comme cause de nullité des contrats conclus entre majeurs. Le Comité du droit des obligations soumettait son rapport à l'Office en 1975[19]. Ayant fait état de « l'in-

17 G. TRUDEL, *op. cit.*, note 16, chap. VI, p. 139 et suiv., chap. VII, p. 167 et suiv.

18 *Id.*

19 Voir COMITÉ DU DROIT DES OBLIGATIONS / COMMITTEE ON THE LAW OF OBLIGATIONS, *Rapport sur les obligations* / *Report on Obligations*, O.R.C.C./C.C.R.O., XXX, Montréal, 1975. La composition du comité était la suivante : Me Marcel Guy, notaire, professeur, président ; Me Jean-Louis Baudouin, avocat, professeur, secrétaire-rapporteur ; M. le juge Albert Mayrand, J.C.A. ; Me Léo Ducharme, avocat,

contestable vieillissement de certaines règles qui ne correspondent plus à la réalité juridique, changée par les bouleversements survenus dans le contexte social et économique du Québec »[20], le Comité, dans l'introduction, décrit « l'esprit de 1866 », puis, propose un programme d'avenir :

- *1866*[21] :

  « ... on peut constater que le Code civil de 1866 reflétait une philosophie économique de libéralisme et de laisser-faire. L'État n'intervenait pas en principe dans les rapports économiques entre les individus... ».

  « ... la morale juridique de l'époque voyait dans l'engagement contractuel une véritable loi immuable que se donnaient les parties. Cette loi, du moment qu'elle était le fruit d'un consentement libre et éclairé, était, dans l'esprit de l'époque, juste par définition. "Qui dit contractuel, dit juste" »

- *L'avenir*[22] :

  « L'expérience d'un peu plus d'un siècle a montré que, bien souvent, l'économiquement fort est en mesure par le recours à ce que Saleilles a appelé le 'contrat d'adhésion' de dicter ses conditions à l'économiquement faible... ».

  « L'État, tant sur le plan économique que sur celui de la morale juridique, se devait d'intervenir de façon à maintenir, ou même à rétablir, l'équité dans les rapports juridiques entre les citoyens ».

Se posait, dès lors, la question de savoir selon quels critères, anciens ou nouveaux, la lésion entre majeurs devait-elle être admise, en tenant compte, d'une part, de l'intime conviction que le principe de liberté contractuelle « doit demeurer sauf lorsque l'application de cette liberté ... donne naissance à des abus que la société ne saurait tolérer »[23] et, d'autre

---

professeur ; Me Adrian Popovici, avocat, professeur ; Me Paul-André Crépeau, avocat, professeur, président de l'Office, *ex officio* ; Me Renée Des Rosiers, avocate, attachée de recherches.

20 *Id*., p. 2.

21 *Id*. Voir, à ce sujet, Louise ROLLAND, « "Qui dit contractu[e]l, dit juste". (Fouillée)... en trois petits bonds, à reculons », (2006) 51 *R.D. McGill* 765.

22 COMITÉ DU DROIT DES OBLIGATIONS / COMMITTEE ON THE LAW OF OBLIGATIONS, *op. cit.*, note 19, p. 4.

23 *Id*., p. 6.

part, du fait que l'Office, sur la proposition de son *Comité sur la personnalité juridique*[24], s'apprêtait à proposer l'insertion au Livre premier du *Projet de Code civil*[25], à titre de principes généraux, l'exigence de la bonne foi dans l'exercice des droits civils et son corollaire, la sanction de l'abus de droit. Le comité proposait, dans son *Rapport sur la personnalité juridique/Report on legal personality,* l'adoption des articles suivants *:*

9. Chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses devoirs selon les exigences de la bonne foi.	9. Every person must exercise his rights and perform his duties in accordance with the requirements of good faith.
11. Nul ne peut exercer un droit en vue de nuire à autrui ou de manière à causer un préjudice hors de proportion avec le profit qu'il recherche.	11. No person may exercise a right with the intent of injuring another, or in any way that causes damage out of proportion to the benefit he is seeking.

Ces dispositions devinrent, à quelques mots près, les articles 8 et 9 du *Projet de Code civil*[26], puis, les articles 6 et 7 du *Projet de loi 20*[27], et,

---

24 Voir COMITÉ SUR LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE / COMMITTEE ON LEGAL PERSONALITY, *Rapport sur la personnalité juridique / Report of Legal Personality*, O.R.C.C./C.C.R.O., XLIII, 1976. La composition du comité était la suivante : M[e] Yvon Caron, notaire, professeur, président ; M[e] Madeleine Cantin Cumyn, avocate et M[e] Madeleine Caron Montpetit, avocate, co-rapporteurs ; M[e] Paul-André Crépeau, avocat, professeur, président de l'Office, *ex officio*.

25 *Rapport sur le Code civil / Report on the Civil Code*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1978, vol. I, *Projet de Code civil / Draft Civil Code* ; vol. II, Commentaires/ Commentaries.

26 Le *Projet de Code civil*, *op. cit.*, note 25, avait modifié la fin de l'article 11 en substituant les mots « avec l'avantage qu'il peut en retirer » / « to the benefit he may derive ».

27 Les art. 6 et 7 du *Projet de loi 20*, *Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens, An Act to add the reformed law of persons, successions and property to the Civil Code of Quebec*, L.Q. 1987, c. 18 se lisaient ainsi :

6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils, selon les exigences de la bonne foi. Celle-ci se présume toujours.	6. Every person is bound to exercise his civil rights in good faith. Good faith is always presumed.
7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou, en l'absence d'un intérêt sérieux et légitime, de manière à lui porter préjudice.	7. No right may be exercised with the intent of injuring another or, without a serious and legitimate interest, in a way that is to his prejudice.

enfin, les articles 6 et 7 du *Code civil du Québec* sous la forme suivante[28] :

> 6. Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi.
>
> 6. Every person is bound to exercise his civil rights in good faith.
>
> 7. Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi.
>
> 7. No right may be exercised with the intent of injuring another or in an excessive and unreasonable manner which is contrary to the requirements of good faith.

En se rappelant le célèbre mot de Lacordaire : « Entre le fort et le faible, ... c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit »[29], il fallait trouver, à hauteur du droit commun[30], divers moyens de protéger les victimes de l'exercice abusif de la liberté contractuelle et, ainsi, d'assurer un plus juste équilibre entre liberté contractuelle et justice contractuelle.

Le domaine de la lésion s'y prêtait admirablement. Et c'est ainsi qu'après de vives discussions, suivies de nombreuses consultations, ici au Québec, auprès de divers organismes professionnels, et en France, auprès de collègues civilistes et comparatistes, l'Office donnait suite, en modifiant la formule, à la recommandation de son Comité du droit des obligations et

---

28 L.Q. 1991, c. 64. Voir, pour les motifs de la modification de l'art. 7, la discussion, en commission parlementaire, sur le *Projet de loi 125. Code civil du Québec*, 1990, Ass. nat. J.D. 4 déc., 1991, n° 29, sci-1196 et suiv.

29 J'exprime toute ma gratitude à mon collègue et ami le Pr Ejan Mackaay, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, qui, en chercheur obstiné, a finalement trouvé la référence à la « célébrissime maxime » du R.P. Henri Lacordaire, extraite de sa 52e *Conférence de Notre-Dame de Paris*, du 16 avril 1848, intitulée : « Du double travail de l'homme », dans *Conférences de Notre-Dame de Paris*, t. III, Paris, Poussielgue Frères, 1872, p. 494.

30 Voir, à ce sujet, Jean-Maurice BRISSON, « Le Code civil, droit commun ? », dans Paul-André CÔTÉ (dir.), *Le nouveau Code civil : interprétation et application*, Journées Maximilien-Caron 1993, Montréal, Éditions Thémis, 1993, p. 293 ; France ALLARD, « La Charte des droits et libertés de la personne et le Code civil du Québec : deux textes fondamentaux du droit civil québécois dans une relation d'"harmonie ambiguë" », dans A.-R. NADEAU, *loc. cit.*, note 1, 33.

proposait une conception renouvelée, dite « mixte », de la lésion entre majeurs[31].

L'article V-37 du *Projet de Code civil*[32] s'énonçait ainsi :

La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre et entraîne une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat.	Lesion vitiates consent when it results from the exploitation of one of the parties by the other, and brings about a serious disproportion between the prestations of the contract.
La disproportion sérieuse fait présumer l'exploitation.	Serious disproportion creates a presumption of exploitation.

La lésion entre majeurs, ainsi transformée dans son essence même, était conçue, *non plus*, selon la conception traditionnelle, comme le préjudice subi par une partie, résultant de la seule disproportion énorme entre les prestations, mais bien comme le préjudice provenant de l'exploitation d'une partie par l'autre partie, entraînant une disproportion sérieuse entre les prestations du contrat.

On ne saurait douter que cette proposition de l'Office traduisait une volonté de rupture avec le passé, et cela en ce qui concerne les *conditions* et l'*étendue* d'application du régime de lésion[33].

A. Les conditions d'application du régime

Le régime proposé était fondé, comme tout autre vice de consentement, « sur la faiblesse présumée du consentement de la personne lésée »[34]. Mais il exige la preuve de *deux* éléments constitutifs distincts : l'*exploitation*

---

31 Voir à ce sujet, les définitions des termes « lésion », « lésion mixte », « lésion objective » et « lésion subjective » dans Paul-André CRÉPEAU et autres, *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues Les obligations / Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons Obligations*, C.R.D.P.C.Q./Q.R.C.P.C.L., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

32 *Op. cit.*, note 25, art. V-37, vol. I, p. 339-340 ; 337.

33 Voir, à ce sujet, P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 1, p. 88 et suiv. ; É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 1, p. 178 et suiv.

34 *Op. cit.*, note 25, art. V-37, vol. II, p. 615.

de la partie lésée entraînant une *disproportion* importante des prestations constituant le préjudice subi par elle. On voit par là la différence très nette entre l'ancienne et la nouvelle conception de la lésion, car, selon celle-ci, en l'absence d'exploitation, une disproportion, même importante, entre les prestations ne saurait entraîner la nullité du contrat ; le principe de libre négociation s'étant appliqué sans entrave, la victime aura certes pu faire une bien « mauvaise affaire » résultant notamment de facteurs subjectifs, telle l'inexpérience, l'imprévoyance ou l'irréflexion, elle ne pourra pour autant s'en prendre qu'à elle-même.

On comprend aussi facilement que, le fardeau de la preuve étant, en principe, à la charge du demandeur qui s'estime lésé, l'on ait voulu lui épargner l'odieux de la preuve de l'exploitation, difficile et souvent impossible à établir, en précisant que la seule preuve d'une importante disproportion emporterait présomption simple d'exploitation, permettant ainsi au défendeur de faire rejeter la demande en prouvant, à la satisfaction du tribunal, l'absence de toute exploitation de sa part de l'état de la situation ou de la condition du demandeur. Encore là, on voit toute l'importance de ce nouveau critère, car, sans exploitation, il ne saurait y avoir de lésion mixte, même en présence de disproportion importante.

B. L'étendue d'application du régime

Dans le contexte du *Projet de Code civil* de l'Office, il allait de soi, au nom de la cohérence, que le régime de lésion mixte devait être *d'application générale*, puisque le critère de l'exploitation ne constituait qu'une *illustration particulière* de l'exigence fondamentale de bonne foi, proposée, avec la sanction de l'abus de droit, comme *principes généraux du droit civil*[35].

Qu'est-ce, en effet, que « l'exploitation » d'une partie contractante par l'autre ? On a pu s'étonner que le législateur n'ait pas cru devoir fournir

---

35 *Supra* les textes cités aux notes 26, 27, 28 et 29. Il convient de noter que le législateur a cru devoir souligner expressément l'importance, en matière contractuelle, de la bonne foi, en reprenant à son compte l'art. 1419 de l'Avant-projet de loi de 1987 portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des obligations, qui est devenu l'art. 1375 du *Code civil du Québec* :

La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, *tant au moment de la naissance de l'obligation* qu'à celui de son exécution ou de son extinction. [Nous soulignons.]	The parties shall conduct themselves in good faith *both at the time the obligation is created* and at the time it is performed or extinguished.

une définition du terme, dont l'absence « risque fort d'embarrasser nos tribunaux puisqu'elle ne sera pas facile à cerner »[36].

Mais pourquoi exiger une définition législative ? Le législateur n'est pas un lexicographe. Faut-il rappeler que, dans un système de droit civil codifié, il n'emprunte cette fonction que lorsqu'il entend, notamment, donner à un terme un sens différent de celui qui, selon le contexte, lui est couramment attribué[37]. Autrement, le législateur, qui, bien sûr, peut dire ce qu'il veut, ou presque..., mais qui, normalement, est censé s'exprimer comme une personne raisonnable, avisée, réfléchie, utilise pour cela, comme tout autre auteur, des termes dont le sens, à moins d'indication contraire, se trouve dans les éditions courantes des dictionnaires de langue générale ou de spécialité, selon le cas, publiés au moment où les termes sont utilisés. C'est d'ailleurs précisément ce qu'a fait notre confrère Serge Gaudet, dans l'article cité plus haut, au sujet de « l'exploitation » et de « l'exploiteur »[38]. Mais, nous avons cru devoir pousser plus avant cette recherche terminologique dans les dictionnaires généraux et de spécialité français et anglais[39]. Elle nous a permis d'en arriver aux conclusions suivantes :

---

36 Serge GAUDET, « L'illusion de la lésion. Commentaires sur l'introduction en droit québécois de la lésion entre majeurs », (1988) 19 *R.D.U.S.* 15, 21. Voir D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 1, nos 815 et suiv., p. 382 et suiv.

37 Voir Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 312 et suiv., p. 329 et suiv. ; Jacques CHAMBERLAND, « Le discours inaugural du sous-ministre de la Justice », dans *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures 1991, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 1, à la page 7 ; Paul-André CRÉPEAU, « Essai de lecture du message législatif », dans *Mélanges Jean Beetz*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 201, aux pages 211 et suiv.

38 Voir S. GAUDET, *loc. cit.*, note 36, 22.

39 Nous avons consulté les dictionnaires suivants :

1. En langue française :
   - *Le Petit Robert*, Paris, 2000.
   - *Le Petit Larousse*, Paris, 2001.
   - *Grand dictionnaire terminologique*, Office de la langue française, version électronique <www.granddictionnaire.com>.
   - Marie-Éva DE VILLERS, *Multi dictionnaire de la langue française*, 4e éd., 2003.
   - François NOËL et L.J. CARPENTIER, *Dictionnaire Étymologique*, Paris, Le Normant, 1839.
   - M. BESCHERELLE aîné, *Dictionnaire national ou dictionnaire universel de la langue française*, Paris, 1856.

- Les termes *exploitation*, *exploiter*, *exploiteur* revêtent un caractère polysémique dont le sens s'est transformé au cours des siècles selon le contexte dans lequel ils sont utilisés.
- Au début du XIXe siècle, une nouvelle connotation « sociale », « péjorative » s'est ajoutée qui n'a pas varié, ni en français, ni en anglais, depuis que ces termes ont été utilisés, en 1978, dans le *Projet de Code civil* de l'Office de révision du Code civil, ni dans l'*Avant-projet* gouvernemental de 1987, ni dans le *Projet de loi 125* de 1990, sanctionné en 1991.

Le terme *exploitation*, pris en ce nouveau sens, signifie essentiellement le fait pour une personne de tirer abusivement profit de l'état, de la situation ou de la condition d'une autre personne[40].

L'Office de révision du Code civil, en proposant la double exigence de l'*exploitation* d'une partie et de la *disproportion* des prestations comme éléments constitutifs de la lésion entre majeurs, a voulu permettre aux tribunaux, au nom de la dignité humaine, de sanctionner l'abus de droit, en l'occurrence l'exploitation consciente de la vulnérabilité humaine.

Ainsi, en pleine cohérence entre bonne foi et lésion « mixte », la lésion entre majeurs pouvait, dès lors, s'analyser, à titre de règle de droit commun, comme un vice de consentement, telle l'erreur « provoquée » par le dol[41], la

---

- *Dictionnaire de l'Académie française*, versions informatisées, 5e éd. (1798), 6e éd. (1832-1835), 7e éd. (1878), J. Dendien, 8e éd. (1932-1935) et Atilf, version informatisée, 9e éd. (1986-1992).
- Alain REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, 1992.
- Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 6e éd., Paris, Quadrige, P.U.F., 2004.
- Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004.
- Paul-André CRÉPEAU et autres, *Dictionnaire de droit privé et Lexiques bilingues. Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

2. En langue anglaise :
   - *Oxford English Dictionary*, 2nd ed., O.U.P., 1989.
   - *Webster's New 20th Century Dictionary*, 2nd ed., unabridged, 1977.
   - Paul-André CRÉPEAU et autres, *Private Law Dictionary and Bilingual Lexicons. Obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003.

40 Voir aussi, en ce sens, S. GAUDET, *loc. cit.*, note 36, 22 ; É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 1, p. 185 et suiv.

41 Voir l'art. 1401 C.c.Q.

crainte « provoquée » par la violence ou la menace[42], ou « inspirée par l'exercice abusif d'un droit ou d'une autorité »[43] : autant de situations qui, allant à l'encontre des exigences de la bonne foi, justifient l'annulation des contrats ou la réduction des obligations[44]. (Nous soulignons).

II. Sort du régime de la lésion mixte

Le destin du régime de la lésion mixte entre majeurs a franchi plusieurs étapes d'insertion, d'abord dans le domaine de *la protection du consommateur*, puis dans les projets gouvernementaux de *la réforme du Code civil*.

A. La lésion mixte et la protection du consommateur

En attendant la réforme globale du Code civil dans laquelle était engagé l'Office de révision du Code civil, le législateur « emprunta » à l'Office le concept de « lésion mixte » qui devait donner naissance à de nouveaux régimes de lésion entre majeurs, mais à caractère exceptionnel, car ne devant s'appliquer qu'à un contrat législativement délimité passé entre un consommateur et un commerçant. C'est ainsi qu'en 1971, dans la première *Loi de la protection du consommateur*[45], le législateur y insérait à l'article 118, une variante de la proposition de l'Office, qui se lisait comme suit[46] :

> 118. Tout consommateur dont le commerçant a exploité l'inexpérience peut demander la nullité du contrat ou la réduction de ses obligations si celles-ci sont considérablement disproportionnées par rapport à celles du commerçant.

> 118. Every consumer whose inexperience has been exploited by a merchant may demand the nullity of the contract or a reduction in his obligations if they are greatly disproportionate to those of the merchant.

---

42 Voir l'art. 1403 C.c.Q.

43 *Id*.

44 Voir les art. 1407 et 1408 C.c.Q.

45 Voir L.Q. 1971, c. 74.

46 Voir, à ce sujet, J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 1, n° 270, p. 318 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, n° 106.1, p. 224 et suiv. ; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 1, n°s 855 et suiv., p. 472 et suiv. Aussi *Th. Paré* c. *Vic Tanny (Qc) Ltd*, (1976) 17 *C. de D.* 235 (C.P.) ; *Neagu* c. *Moto Sport Rive Sud Inc.*, [1978] C.S. 909.

En comparant le texte de l'article avec celui proposé par l'Office, si l'on peut, d'une part, constater le maintien de la double exigence de l'exploitation d'une partie et de la disproportion considérable, on peut s'étonner que le législateur n'ait pas cru devoir reprendre à son compte le régime de preuve particulier proposé par l'Office au bénéfice de la partie présumée faible, et notamment, le consommateur. On pouvait, en effet, penser, comme on l'a d'ailleurs compris plus tard[47], qu'un régime de présomption simple d'exploitation était davantage susceptible de mieux répartir les rôles entre les parties et, *a fortiori*, lorsqu'elles sont, le plus souvent, liées par un contrat d'adhésion.

En 1978, par une seconde loi en la matière, intitulée *Loi sur la protection du consommateur*[48], le législateur, estimant sans doute devoir accentuer la défense des intérêts des faibles, décida, par l'article 8, d'accorder au consommateur, sur le plan de la lésion, un double régime de protection : l'un inspiré par la proposition de lésion « mixte » de l'Office ; l'autre fondé sur l'article 1040c du *Code civil du Bas Canada*. En effet – pour faire bonne mesure –, le législateur ajoute cette fois, un deuxième critère d'« équité » tiré de l'article 1040c du *Code civil du Bas Canada*, en permettant l'annulation d'un contrat ou la réduction des obligations si le tribunal estime que « l'obligation du consommateur est *excessive*, *abusive* ou *exorbitante* ». Il s'agit là, comme l'a jugé à bon droit, à notre avis, la Cour d'appel dans l'affaire *Gareau*[49], d'un critère purement subjectif utilisant des « quasi synonymes » relevant d'une formule étrangère au style civiliste, laissant aux tribunaux un large pouvoir d'appréciation des circonstances particulières « de chaque cas d'espèce ».

---

47 *Infra*, p. 38 et 39, la solution finalement retenue par le législateur dans la version finale du Code civil : (art. 1402.1), art. 1406 C.c.Q.

48 L.R.Q., c. P-40.1, art. 8.

49 [1989] R.J.Q. 1091, 1097 (C.A.).

L'article 8 se lit ainsi[50] :

Le consommateur peut demander la nullité du contrat ou la réduction des obligations qui en découlent lorsque la *disproportion entre les prestations respectives est tellement considérable qu'elle équivaut à de l'exploitation du consommateur*, ou que l'obligation du consommateur est *excessive, abusive ou exorbitante*. (Nous soulignons).

The consumer may demand the nullity of a contract or a reduction in his obligations thereunder *where the disproportion between the respective obligations of the parties is so great as to amount to exploitation of the consumer* or where the obligation of the consumer is *excessive, harsh or unconscionable*.

En ce qui concerne la notion de lésion « mixte », on aura facilement noté que le texte de l'article diffère radicalement de la version de 1971[51] et de la proposition initiale de l'O.R.C.C.[52]. Certes, la disposition reprend les idées d'exploitation et de disproportion, mais, attention, l'ordre de présentation des termes n'est plus le même : il n'est, en effet, plus question d'« exploitation *entraînant* disproportion », mais bien de *disproportion équivalant à exploitation*. Qu'est-ce-à-dire sinon que l'on a – conscience ou inadvertance – abandonné la conception de la *lésion « mixte »* fondée sur la double exigence de l'exploitation *et* de la disproportion en tant qu'éléments constitutifs *distincts* de la lésion pour la ramener à la notion de *lésion « objective »* du droit antérieur à la codification de 1866 ! C'est la « lésion énorme » de Pothier présentée, par voie de présomption irréfragable, sous le visage déformé de l'exploitation, imposant, en fait, un lourd fardeau au demandeur.

---

50 L'art. 9 constitue une disposition d'interprétation des critères énoncés à l'art. 8 :

Lorsqu'un tribunal doit apprécier le consentement donné par un consommateur à un contrat, il tient compte de la condition des parties, des circonstances dans lesquelles le contrat a été conclu et des avantages qui résultent du contrat pour le consommateur.

Where the court must determine whether a consumer consented to a contract, it shall consider the condition of the parties, the circumstances in which the contract was entered into and the benefits arising from the contract for the consumer.

51 *Supra*, texte p. 17 et, à ce sujet, É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 1, p. 195 et suiv.

52 *Supra*, texte p. 13. Voir en ce sens, Pierre-Gabriel JOBIN, « La révision du contrat par le juge dans le Code civil », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 400, à la page 430.

B. La lésion mixte et la réforme du Code civil

La notion de lésion « mixte » fut introduite, dans le cadre gouvernemental de la réforme du Code civil en 1987, par l'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du droit des obligations*[53], mais, depuis cette date jusqu'au 18 décembre 1991, date de la sanction du nouveau *Code civil du Québec*[54], on peut, à juste titre, parler des vicissitudes[55] de la *lésion mixte*. On distingue, à cet égard, trois périodes : *Les consultations* [1] ; *Le repli ministériel* [2] ; *Le retour d'une « définition »* [3].

1. Les consultations

L'*Avant-projet* comprenait trois titres : deux titres traditionnels : *Des obligations en général* et *Des contrats nommés* ; un troisième titre, nouveau : *Des règles particulières au contrat de consommation*. Seuls les premier et troisième titres comportaient des dispositions sur la lésion entre majeurs.

L'article 1449 s'énonçait ainsi :

La lésion vicie le consentement lorsqu'elle résulte de l'*exploitation* de l'une des parties par l'autre et entraîne une *disproportion importante* entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation.	Lesion vitiates consent when it arises from the *exploitation* of one of the parties by the other and entails a *considerable disproportion* between the prestations of the parties; the mere fact that a considerable disproportion exists creates a presumption of exploitation.
La lésion ne peut être invoquée que par une personne physique et seulement si l'obligation n'est pas contractée pour l'utilité ou l'exploitation d'une entreprise. (Nous soulignons).	Lesion can only be invoked by a natural person and only if the obligation is not contracted for the purposes or the operation of an enterprise.

---

53 Assemblée nationale, avant-projet de loi présenté par M. Herbert Marx, ministre de la Justice, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1987 [ci après «*Avant-projet*»].

54 L.Q. 1991, c. 64.

55 Voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, nº 104, p. 214.

S'il est vrai que, sur le plan du régime même de la lésion, le projet reprenait à peu près les termes proposés par l'Office de révision du Code civil et qu'ainsi le législateur adoptait la notion de « lésion mixte », on constate, en revanche, que la portée du régime était considérablement réduite, ne pouvant être invoquée que par une personne physique hors de toute situation « d'utilité ou d'exploitation d'entreprise ».

Ainsi, d'une règle conçue comme un régime de droit commun inspiré par le principe général de la bonne foi dans l'exercice des droits civils, la lésion ne serait devenue qu'un régime de protection d'un « consommateur » qui demeurerait le plus souvent assujetti au régime particulier des articles 2717, 2721 et 2722 du Titre troisième concernant les « règles particulières au contrat de consommation ».

L'Avant-projet de loi fit l'objet de deux consultations : une première consultation générale en Commission parlementaire et une deuxième consultation auprès d'un Comité aviseur.

a) La consultation générale

La consultation générale comportant auditions publiques eut lieu devant la Sous-commission des institutions du 25 octobre au 8 novembre 1988[56]. La lecture des interventions, en ce qui concerne la fonction de la lésion mixte entre majeurs, est déconcertante. Mais, avant d'en aborder l'examen, on doit s'arrêter à la « déclaration d'ouverture » du ministre de la Justice, dont l'extrait suivant, en raison de l'impression générale qui s'en dégage, a de quoi surprendre[57].

> « La réforme du droit des obligations, déclarait-il, *vise à adapter aux réalités de la société contemporaine* des règles établies en 1866 et qui n'ont été depuis que fort peu modifiées. *C'est en s'appuyant sur les principes fondamentaux de l'autonomie de la volonté*, de *la liberté contractuelle*, de la *force obligatoire du contrat que nous avons conçu le nouveau droit des obligations pour établir un équilibre nouveau*

56 Assemblée nationale, Journal des débats, Commission parlementaire, Consultation générale sur l'avant-projet de loi portant réforme au *Code civil du Québec* du droit des obligations, Québec, 25 octobre 1988.

57 *Id.*, p. sc2.

dans les rapports des parties contractantes de façon à favoriser une meilleure justice contractuelle ». (Nous soulignons).

En lisant ce texte, on se serait cru reporté au 31 janvier 1865 lors de la présentation, par Sir George Etienne Cartier, procureur général du Bas-Canada, du projet de *Code civil du Bas Canada*[58]. Certes, ces trois principes fondamentaux de 1866 – de véritables dogmes à l'époque – conservent encore aujourd'hui une valeur certaine, mais, en toute déférence, il faut bien avouer que, dans ces propos, sur le plan des politiques législatives fondamentales, il n'y avait rien de « nouveau » pour « adapter le droit aux réalités de la société contemporaine » et encore moins pour y « favoriser une meilleure justice contractuelle »[59].

N'aurait-il pas été souhaitable, en de telles circonstances, que le ministre de la Justice rappelât le fait que son prédécesseur immédiat – Me Herbert Marx – avait, l'année précédente, inséré dans le *Projet de loi 20*[60] – sanctionné le 15 avril 1987 – concernant la réforme du Code civil, notamment dans le *Livre premier relatif au droit des personnes*, des dispositions « nouvelles » fondamentales qui, elles, auraient permis, au cours de la Consultation générale et dans la suite des travaux parlementaires, d'expliquer et de justifier, auprès des instances du Barreau et de la Chambre des notaires, « l'équilibre contractuel nouveau » présenté dans l'*Avant-projet*, et tout particulièrement ce qui allait constituer l'un des problèmes les plus sensibles, parce que mal compris : la lésion « mixte » entre majeurs ?

---

58 On pourra lire par ailleurs, avec intérêt, le discours tel qu'il fut publié dans *La Minerve* du 4 février 1865.

59 Le laconisme des propos ministériels paraît d'autant plus surprenant que le ministère avait préparé, sur le sujet, d'importants « documents d'orientation, d'étude et d'analyse », préparés par Me Pierre Charbonneau, notaire. Voir, notamment, « Les principes directeurs en matière d'obligations contractuelles », Documents d'orientation, d'étude et d'analyse, Ministère de la Justice, vol. 1, n° 1, D.G.A.L., 1986, p. 1-13.

60 *Supra*, note 27. Certes, cette loi n'était pas encore en vigueur en raison de la politique gouvernementale « étapiste » de l'époque concernant la réforme du Code civil. Mais il n'empêche que le projet avait été adopté et sanctionné le 15 avril 1987. On voit là les inconvénients d'une politique de réforme par tranches d'une œuvre aussi importante que le Code civil. V., à ce sujet, Paul-André CRÉPEAU, « Les lendemains de la réforme du Code civil », (1981) 59 *R. du B. can.* 625, 628 et 629.

N'aurait-on pas pu, en effet, signaler l'existence de la *Disposition préliminaire*[61] de ce *Projet de loi 20*[62] qui consacrait le principe de cohérence entre le *Code civil*, la *Charte des droits et libertés* et les *principes généraux du droit ?* Le rappel de cette disposition qui avait, à juste titre, été proposée comme la pierre angulaire du nouveau Code civil, aurait pu servir, au cours de cette « Consultation générale », à donner un sens « nouveau » à des expressions ministérielles souvent employées au cours des débats : « nouvel équilibre », « justice contractuelle ».

N'aurait-on pas dû, surtout, citer, parmi les « nouveaux » principes fondamentaux alors législativement consacrés, les articles 6 et 7 du *Projet de loi 20*[63] concernant *l'exigence fondamentale de la bonne foi* dans l'exercice des droits civils et *la sanction de l'abus de droit ?* Ce rappel paraissait d'autant plus nécessaire que le gouvernement avait même, et à bon droit, pris la peine d'insérer, dans le projet soumis à la « Consultation générale », une disposition particulière régissant le rôle primordial de la bonne foi dans la conduite des parties contractantes. L'article 1419 de l'*Avant-projet* se lisait ainsi[64] :

---

61 *Id*. La disposition préliminaire se lisait ainsi :

Le Code civil du Québec régit, en harmonie avec la Charte des droits et libertés de la personne et les principes généraux du droit, les personnes, les rapports entre les personnes, ainsi que les biens. Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, établit, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger.	The Civil Code of Québec, in harmony with the Charter of human rights and freedoms and the general principles of law, governs persons, relations between persons, and property. The Civil Code comprises a body of rules which, in all matters within the letter, spirit or object of its provisions, lays down the *droit commun*, expressly or by implication. In these matters, the Code is the foundation of all other laws, although other laws may complement the Code or make exceptions to it.

On notera que, dans la version définitive du Code civil (1991), le législateur a substitué, dans la version anglaise de la disposition préliminaire, le terme *jus commune* à celui de « droit commun ». Voir Jean-Maurice BRISSON et Nicholas KASIRER, *Code civil du Québec / Civil Code of Québec*, 14e éd., C.R.D.P.C.Q./Q.R.C.P.C.L., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006-2007, note p. 1.

62 *Supra*, note 60.

63 Voir les textes *supra* note 27 ; voir P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 1, 419 et suiv.

64 *Supra*, note 53.

La bonne foi doit gouverner la conduite des parties, *tant au moment de la naissance de l'obligation* qu'à celui de son exécution ou de son extinction. (Nous soulignons).

The parties shall conduct themselves in good faith *both at the time the obligation is created* and at the time it is performed or extinguished.

Il ne paraît pas exagéré de croire que le rappel de ces dispositions fondamentales par les représentants du Gouvernement et de l'Opposition aurait souligné l'importance, dans le régime de la lésion mixte, de la notion d'exploitation sur laquelle on a fort peu insisté – et qui, pourtant, parce que contraire aux exigences de la bonne foi, constitue un élément essentiel de la lésion mixte.

La lecture des observations des représentants des divers organismes qui avaient présenté des mémoires est également, en ce qui concerne le problème de la lésion mixte entre majeurs, dans l'ensemble, assez décevante. À vrai dire, les intervenants qui ont soulevé la question, notamment les représentants des ordres professionnels, se sont insurgés, en termes non équivoques, contre l'instauration d'un régime « d'infantilisme juridique »[65], d'une philosophie nouvelle selon laquelle « le législateur entend s'immiscer dans tous les contrats et entend surveiller de près toutes les transactions entre tous les citoyens même si c'est contre leur volonté »[66], un régime général à rejeter « pour des raisons d'instabilité contractuelle »[67], « une espèce de droit paternaliste »[68].

Ces « protestations vigoureuses » révélaient, croyons-nous, une regrettable méconnaissance du fondement du « nouveau » régime de la « lésion mixte » comprenant, contrairement au concept traditionnel, non seulement la disproportion entre les prestations, mais aussi l'exploitation d'une partie par l'autre. N'ayant pas su saisir le sens véritable du terme *exploitation*, on n'a pas su mener les nécessaires discussions sur le lien essentiel entre *exploitation* (art. 1449 du *Projet*) et *bonne foi/abus de droit* (art. 1419 du

---

65 M[e] Guy Gilbert, c.r., bâtonnier, Assemblée nationale, Journal des débats, Commission parlementaire, Consultation générale sur l'avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations, nº 6, 8 novembre 1988, p. sci-257.

66 M[e] Richard Nadeau, Barreau du Québec, *id.*, p. sci-260.

67 M[e] Jean Lambert, président, Chambre des notaires, *id.*, p. sci-290.

68 M[e] P. Wilbrod Gauthier, c.r., Association des banquiers canadiens, *id.*, p. sci-290.

Projet), au titre d'application particulière des principes fondamentaux inscrits aux articles 6 et 7 du *Projet de loi 20*[69].

La reconnaissance d'un tel lien aurait objectivement permis d'accepter d'emblée, à titre de vice du consentement, le régime de la « lésion mixte » causé par un élément externe fautif attribuable à un cocontractant. L'erreur « provoquée par le dol » (art. 1445, *Projet*, art. 1401 *C.civ.*), la crainte « inspirée par l'*exercice abusif* d'un droit ou d'une activité par la menace d'un tel exercice » (art. 1446 *Projet*, art. 1409 *C.civ.*) constituent autant d'atteintes à l'intégrité du consentement susceptibles d'emporter la nullité du contrat. Personne ne s'en est plaint. Cela étant, pourquoi alors la « lésion mixte » conçue comme l'exploitation d'autrui, c'est-à-dire *l'action de tirer abusivement profit de la situation ou de la condition d'un cocontractant*, entraînant une disproportion importante entre les prestations d'un contrat, ne constituerait-elle pas un vice de consentement ayant vocation générale d'emporter la nullité du contrat ? Et cela, par voie d'analogie. Plus encore, par souci de cohérence estimée essentielle en droit civil codifié, et par le ministre de la Justice lui-même[70], à titre d'application particulière du principe général de bonne foi ?

Quoiqu'il en soit, la résistance des ordres professionnels fut forte et déterminée. Le ministre de la Justice n'hésita pas à écrire à ce sujet[71] : « Je me heurtais manifestement à un mur. Il m'appartenait donc de prendre les dispositions pour rétablir les ponts tant avec les avocats qu'avec les notaires ». La solution du ministre : trouver le « consensus » dans un « juste équilibre » : termes souvent rappelés ! Le moyen, suggéré par le sous-ministre, Me Jacques Chamberland[72] : créer un « comité conseil » en vue « d'aplanir les difficultés d'harmonisation et de faire les ajustements qui s'imposent pour traduire le plus fidèlement possible la réalité sociale québécoise d'aujourd'hui et de demain »[73].

---

69 *Supra*, note 27.

70 *Infra*, note 131.

71 Voir Gil RÉMILLARD, « Le nouveau Code civil : Un véritable contrat social », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 283, à la page 299.

72 *Id.*

73 *Id.*, 300.

b) La consultation du Comité aviseur

C'est ainsi que fut crée le *Comité aviseur* sur la politique législative du nouveau Code civil sous la présidence de M. le juge Jean-Louis Baudouin, juge à la Cour d'appel[74] et auquel participèrent le bâtonnier Michel Jolin, le doyen Raymond Landry de la Faculté de droit civil d'Ottawa, et le notaire Robert Koury, professeur à la faculté de droit de Sherbrooke.

On s'est longtemps interrogé sur la nature et la portée des recommandations qu'avait pu adresser le Comité Baudouin au ministre de la Justice. Nous avions nous-même, en 1998[75], sollicité l'autorisation d'en prendre connaissance pour les fins d'une recherche, mais permission nous avait été refusée au motif que le rapport « avait été préparé à la demande d'un membre de l'Assemblé nationale, en l'occurrence, le ministre de la Justice ». Heureusement aujourd'hui, le voile est levé, le ministère de la Justice ayant autorisé la publication du rapport[76].

En présentant le rapport du Comité aviseur, M. le juge Baudouin précise que le Comité a d'abord pris connaissance du « Mémoire au Ministre de la justice sur la réforme du Code civil : les enjeux et les orientations requises » rédigé par le Comité de réforme du Code civil du ministère, un document qui « constitue la somme critique des interrogatoires et des irritants que le Comité de réforme du Code civil avait alors identifiés ». L'un de ces irritants – « problème de politique législative générale » – était précisément : « faut-il maintenir la lésion comme cause générale d'annulation du contrat ? »[77].

---

74 Ancien professeur titulaire de droit civil à l'Université de Montréal. Il convient également de souligner l'importante contribution de M. Baudouin aux travaux de l'Office de révision du Code civil à titre de secrétaire-rapporteur du Comité du droit des obligations.

75 V. P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 1, nº 191, p. 97 ; mais voir, à ce sujet, J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, nº 402, p. 216.

76 Voir Jean-Louis BAUDOUIN, « Le Comité aviseur sur la politique législative du nouveau Code civil », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 321, à la page 322.

77 *Id.*, 324 et 325. Le ministère avait préparé, sur le sujet, en 1986, un document d'orientation fort intéressant : Pierre CHARBONNEAU, « La codification du principe de la lésion entre majeurs », Documents d'orientation sur les politiques législatives, nº 5, Documents d'orientation, d'étude ou d'analyse, vol. 1, ministère de la Justice, D.G.A.L. 1986, p. 1-11.

Avant d'aborder la réponse du Comité aviseur, il n'est pas inutile de rappeler, extrait de la conclusion de la présentation du rapport du Comité, l'esprit qui a animé les auteurs du rapport[78] :

> « ... le comité, à la différence par exemple de l'O.R.C.C., a fait essentiellement une œuvre de praticien, tout en l'appuyant sur une base philosophique fondée sur l'équité, la bonne foi et l'honnêteté dans les rapports juridiques ».

En examinant la réponse du Comité aviseur à la question posée concernant la lésion entre majeurs, nous devrons nous interroger sur le mérite de « l'œuvre de praticien » en la matière.

Vu l'importance des recommandations du Comité dans la suite des événements : décisions ministérielles et gouvernementales, discussions parlementaires, adoption du nouveau Code civil, il convient de les citer *in extenso*.

> « 26. Le Comité est d'avis qu'il n'est *probablement pas opportun* d'introduire *en bloc* le *principe de la lésion entre majeurs* pour les raisons suivantes »[79]. (Nous soulignons).

Avant, toutefois, d'entreprendre l'examen des quatre raisons précises exposées par le Comité, ce texte introductif appelle une observation préliminaire concernant la hiérarchie des sources du droit et ses effets sur le sujet qui nous occupe.

On ne saurait, en toute déférence, référer en la matière à « un *principe* de lésion entre majeurs ». Il s'agit, tout au plus, à notre avis, du *régime* d'un vice de consentement comportant ses critères d'application et ses effets (art. 1449-1451, *Avant-projet*).

Selon les propositions faites par l'Office de révision du Code civil[80], le législateur avait déjà, lui-même, exprimé les principes devant régir la matière. En effet, on l'a vu plus haut, Me Herbert Marx, ministre de la Justice, avait fait adopter en 1987, le *Projet de loi 20*[81] qui, dans le premier titre du Livre premier concernant le droit des personnes, donnait consécration

78 *Id.*, p. 335.

79 *Id.*, p. 349.

80 *Supra*, notes 25 et 26.

81 *Supra*, note 27.

législative à deux principes fondamentaux du droit civil contemporain, déjà reconnus par les tribunaux[82] : l'exigence de la bonne foi dans l'exercice des droits civils et la sanction de l'abus de droit. Et, de surcroît, la même année – 1987 –, dans l'*Avant-projet de loi sur la réforme du droit des obligations*[83] – l'objet même de la Consultation –, Me H. Marx – ministre de la Justice pour encore quelques mois – avait cru devoir insister sur l'importance de la bonne foi en matière contractuelle en proposant l'article 1419, au titre d'application particulière des principes fondamentaux ci-haut évoqués. Ce texte, rappelons-le, s'énonçait ainsi :

> La bonne foi *doit* gouverner la conduite des parties, *tant au moment de la naissance de l'obligation* qu'à celui de son exécution ou de son extinction. (Nous soulignons).

> The parties *shall* conduct themselves in good faith *both at the time the obligation is created* and at the time it is performed or extinguished.

Or, nous l'avons vu plus haut[84], l'exploitation, comme l'un des éléments essentiels de la lésion « mixte », étant le fait de tirer abusivement profit de la situation ou de la condition d'un contractant, constitue précisément un abus de droit justifiant, aux termes des principes évoqués plus haut et de l'article 1419 de l'*Avant-projet*, une *sanction à vocation générale*, d'ailleurs prévue aux articles 1450 et 1451 de l'*Avant-projet*. Proposer de ne pas « introduire *en bloc* le principe de la lésion entre majeurs » – ce qui laisse à croire qu'il pourra l'être en certains cas –, c'était, en toute déférence, inciter le législateur à se placer en état de flagrante contradiction, car en maintenant le régime de la lésion « mixte », dans tel ou tel cas, le législateur ne saurait tout de même, dans un pays de droit civil codifié, d'un seul souffle, imposer aussi solennellement l'exigence de la bonne foi et la sanction de l'abus de droit, notamment dans les relations contractuelles et laisser un contractant, sauf dans les cas expressément prévus, tirer profit abusivement de la condition ou de la situation de l'autre partie.

82 Voir, notamment, *Banque canadienne nationale* c. *Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 ; *Banque de Montréal* c. *Kuet Leong Ng*, [1989] 2 R.C.S. 429 ; *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

83 *Supra*, note 53.

84 *Supra*, texte p. 16.

Il s'agit certes ici de cohérence législative, mais, bien plus, d'exigence morale[85] : il s'agit au fond, en imposant à l'exploiteur une sanction d'application générale, d'assurer le respect de la dignité de l'être humain[86].

En somme, comme l'a bien montré le Pr J. Pineau[87], en décrivant l'évolution des politiques législatives dans le contexte des codifications du XIXe siècle, « le couple liberté – égalité doit faire bon ménage ». Et c'est précisément pour permettre un plus juste équilibre entre les parties que le législateur avait voulu, dans l'*Avant-projet*, ajouter, notamment, aux vices du consentement, la lésion mixte entre majeurs à vocation générale, autorisant une partie se sentant lésée de demander l'arbitrage judiciaire sur les deux éléments d'exploitation et de disproportion, tout en laissant au défendeur la possibilité de prouver, malgré la disproportion, absence de toute exploitation, et ainsi, en rétablissant alors l'égalité, d'obtenir le rejet de la demande.

C'est dans ce contexte qu'il convient d'aborder l'examen des quatre raisons données par le Comité au soutien de leur recommandation au ministre.

1. « En premier lieu, il craint que cette mesure n'entraîne une grande instabilité contractuelle malgré la définition restrictive de la lésion »[88].

---

[85] On lira, avec intérêt, les très belles pages de Georges Ripert sur le problème moral de la lésion, *op. cit.*, note 1, nos 61 et suiv., p. 105 et suiv. C'est dans le même esprit que le législateur, en 1978, a modifié la *Charte des droits et libertés de la personne* (L.R.Q., c. C-12) pour y ajouter le nouveau premier alinéa : « Toute personne âgée ou toute personne handicapée a droit d'être protégée contre *toute* forme d'exploitation. »

[86] Voir, à ce sujet, Christian BRUNELLE, « La dignité dans la Charte des droits et libertés de la personne : de l'ubiquité à l'ambiguïté d'une notion fondamentale », dans A.-R. NADEAU (dir.), *op. cit.*, note 1, p. 143, aux pages 162 et suiv.

[87] Voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, no 155, p. 304 et suiv., p. 307 ; aussi Jean PINEAU, « La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière judiciaire ? », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 113, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 141, à la p. 144.

[88] Voir J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 76, 349.

Cette raison, reprenant les propos du Bâtonnier Gilbert[89] et du Président Lambert de la Chambre des notaires[90], ne saurait convaincre. Il était certes facile pour le Bâtonnier de lancer devant les membres de la Commission parlementaire : « C'est une mine d'or que vous faites là pour les avocats »[91]. On peut penser que ce type d'argument, qui relève de l'opinion personnelle, certes respectable, et le mot du Bâtonnier auraient été plus persuasifs s'ils avaient été soutenus par d'imposantes listes de décisions judiciaires portant, notamment, sur l'article 118 de la *Loi de la protection du consommateur* (1971) ou encore sur l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* (1978) ayant édicté des textes inspirés précisément de l'article 37-V du projet de l'Office de révision du Code civil sur la lésion mixte. Tel ne fut pas le cas. Et le Pr Pineau, conseiller du gouvernement et spécialiste en matière d'obligations, n'a pas manqué de répondre au Bâtonnier Gilbert que l'article 8 de la *Loi sur la protection du consommateur* « n'a pas donné lieu à une jurisprudence délirante jusqu'à présent »[92].

2. « En second lieu, il pense que les autres textes consacrant la bonne foi non seulement dans l'exécution mais encore... dans la formation

---

89 *Supra*, note 65.

90 *Id.*, note 67.

91 *Supra*, note 56, p. sci-269.

92 *Id*. En l'an 2000, le Pr Pierre-Gabriel Jobin, dans une étude approfondie de droit comparé sur « La modernité du droit commun des contrats dans le Code civil du Québec : Quelle modernité ? » (2000) 52 *R.I.D.C.* 49, 57, se prononçait dans le même sens : « [...] le législateur québécois, en rejetant toutes les propositions antérieures sur la lésion, a choisi une position conservatrice par rapport à bon nombre de droits étrangers récents et même plus anciens. Il s'est privé d'un instrument de justice contractuelle fort utile dans certains cas. Ce choix est d'autant plus regrettable qu'on peut penser que, au Québec en tout cas, la lésion jouerait le plus souvent un rôle préventif plutôt que curatif ; l'expérience de la lésion dans le droit de la consommation, en effet, montre que le nombre d'interventions judiciaires est faible : malgré une disposition large permettant d'attaquer tous les contrats de consommation pour lésion, fort peu de contrats, en pratique, sont annulés ou révisés sur cette base. Les piliers du temple de la stabilité contractuelle ne sont pas ébranlés. L'adoption d'une règle générale sur la lésion aurait certainement été plus cohérente avec la "nouvelle moralité contractuelle" sans compromettre sérieusement la stabilité contractuelle » ; aussi Pierre-Gabriel JOBIN, « L'étonnante destinée de la lésion et de l'imprévision dans la réforme du Code civil du Québec », *Rev. trim. dr. civ.* 2004.693, 698 ; É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 1, p. 187 et suiv. ; B. LEFEBVRE, *op. cit.*, note 1, no 784, p. 224.

du contrat, élargissant la notion d'erreur et de dol et permettant la révision pour imprévision, donnent aux tribunaux *suffisamment* d'instruments pour maintenir un haut standard de morale contractuelle »[93]. (Nous soulignons).

Une telle attitude de la part du Comité surprend. On peut, en effet, se demander à quel titre peut-on estimer pouvoir suggérer une limite au « nombre d'instruments » destinés à maintenir les standards de morale contractuelle, notamment en ce qui concerne l'exigence de bonne foi dans l'exercice des droits civils. En la matière, on le savait, le législateur lui-même venait de se prononcer. La bonne foi, faut-il le rappeler[94], avait été élevée au rang de principe général ; l'abus de droit, quelle qu'en soit la source, était déclarée susceptible de sanction. Et tout particulièrement en matière contractuelle, aux termes de l'article 1419 de l'*Avant-projet*, « la bonne foi *doit* gouverner la conduite des parties *tant au moment de la naissance de l'obligation* qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». À cet égard, le Pr J. Pineau avait bien raison de déclarer à propos de ces dispositions législatives fondamentales[95] :

> « C'est dire que la bonne foi doit régner à tout moment au cœur des relations de droit entre les personnes ; certes, il n'y a là rien de nouveau, mais l'insistance que met le législateur sur cette notion indique clairement que la morale n'est pas absente du droit des obligations, et devrait sensibiliser le juge lors de l'analyse qu'il est éventuellement mené à faire des rapports d'obligations dans son souci de rendre une meilleure justice ».

---

93 Voir J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 76, 349. La mention de la « révision pour imprévision » dans ce contexte a aussi de quoi surprendre. On sait que la théorie de l'imprévision n'a jamais été admise au Québec (voir J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, no 285, p. 518) et que la proposition de l'O.R.C.C. de l'admettre comme règle de droit commun même à titre exceptionnel (*Projet de Code civil*, L.V., art. 75) n'a pas été retenue. Elle n'a même pas été soumise à la consultation générale de l'*Avant-projet* de 1987. Le Code civil a, toutefois, prévu trois cas précis d'imprévision en matière de testament (art. 771 C.c.Q.), de fiducie (art. 1294 C.c.Q.) et de donation (art. 1834 C.c.Q.).

94 *Supra*, notes 26 et 27.

95 Voir Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans *La réforme du Code civil*, t. 2, Québec, P.U.L., 1993, no 10, p. 29. Voir, notamment, les arrêts de la Cour suprême du Canada cités *supra*, note 82.

On sait que, dans l'*Avant-projet*, le gouvernement a voulu actualiser, au nom de la « morale contractuelle », le régime des vices du consentement, notamment en ce qui concerne l'erreur provoquée par le dol, pouvant « *résulter du silence ou d'une réticence* (art. 1445 al. 2), ou encore la crainte « inspirée par l'*exercice abusif d'un droit ou d'une autorité*... » (art. 1447). Le gouvernement avait ajouté un vice de consentement renouvelé : la *lésion mixte* entre majeurs (art. 1449) qui, elle aussi, constituait, dans le processus de négociation d'un contrat, *l'exercice abusif et hautement préjudiciable d'un droit par l'exploitation* d'un cocontractant. Est-il moralement possible d'éliminer un « instrument » susceptible de « maintenir un haut standard de moralité contractuelle », alors que le législateur a consacré le principe de la bonne foi dans toute sa généralité ? L'exigence de bonne foi, à notre avis, ne comporte pas de demi-mesure.

3. « En troisième lieu, il lui semble plus opportun de prévoir une *introduction ponctuelle de la lésion dans les cas les plus critiques*, un peu à l'image du droit actuel : contrat de consommation, contrat de prêt, transaction, en ajoutant, comme le fait le projet des textes nouveaux sur le contrat d'adhésion et sur les clauses abusives »[96]. (Nous soulignons).

Il n'est pas étonnant, mais tout de même assez surprenant, que, par cette troisième raison, qui entraînerait la suppression de l'article 1449 de l'*Avant-projet*, le Comité propose la *marche des petits pas*. On sait, en effet, qu'en matière de législation ou de jurisprudence, lorsque l'on doit résoudre un problème, on peut procéder, soit par voie d'une règle particulière applicable au cas soulevé, ou encore par voie d'une règle générale applicable à un ensemble plus ou moins étendu de situations dont le cas soulevé est une espèce particulière.

On dit d'ailleurs très souvent que c'est là une des différences notables entre le Droit civil codifié et la Common law. En Common law, on craint les principes, ne sachant où ils vont mener ; on préfère suivre l'axiome « Let's cross that bridge when we come to it ». En droit civil codifié, on accepte volontiers l'idée que Portalis se faisait d'un Code[97] : « L'office de

---

96 Voir J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 76, 349.

97 Jean-Étienne-Marie PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », dans Simone GOYARD-FABRE (dir.), *Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, p. 8 ; *Code civil du Bas Canada*, *1er Rapport des Commissaires*, *op. cit.*, note 9, p. 28 et 29 ; *Cie immobilière*

la loi est de fixer par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière. C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application ».

À propos de la lésion, le Comité propose au législateur de poursuivre dans la voie des cas particuliers « les plus critiques ». Mais, chose étrange, « un code est un tout », écrivait le président du Comité aviseur[98].

Or, en matière de *lésion mixte* fondée sur l'exploitation d'un contractant par l'autre, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu plus haut[99], sur le fait de tirer abusivement profit de la situation ou de la condition d'une personne, il s'agit, selon la conviction que tire le tribunal appelé à apprécier la preuve fournie, d'un cas d'abus de droit qui ne comporte pas de niveaux plus ou moins « critiques ».

Que la recommandation du comité concernant la lésion mixte entre majeurs ait pu, sur le plan politique, être jugée « opportune », cela se comprend fort bien ; elle permettait au ministre, sur une question brûlante, de calmer le jeu, de contribuer à « créer un consensus ». Soit ! Mais, ce n'aurait-il pas été aussi faire « œuvre de praticien »[100], sur le plan juridique, que de rappeler au ministre les dangers et méfaits de l'incohérence législative, en privant, en l'occurrence, de sa vocation générale, le principe fondamental de bonne foi que lui assurent l'article 6 et, expressément, en matière contractuelle, l'article 1375 du Code civil ?

Viger ltée c. *Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, 76 ; John E.C. BRIERLEY et Roderick A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993, nº 104, p. 128 et suiv.

98 Voir J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 76, 325. C'est là un thème qu'avait très justement abordé, en 1991, dans le contexte de l'« étapisme » législatif, M. le juge Baudouin, lors des *Conférences sur le nouveau Code civil du Québec*, *op. cit.*, note 37, p. 16 : « Un Code, en effet, est un tout, un ensemble, une structure organisée, logique dont tous les éléments sont interdépendants les uns des autres puisqu'il dit le droit au niveau des principes et des grandes règles et qu'un morcellement risque donc de provoquer des contradictions ou du moins de nuire à l'unité de pensée et de philosophie désirable. »

99 *Supra*, texte p. 16.

100 *Supra*, p. 27.

Quoiqu'il en soit, on comprend mal une recommandation proposant, en fait, l'élimination de l'article 1449 al. 1er de l'*Avant-projet* qui pourtant précisait le cadre du régime de la lésion mixte. Car, alors, en quoi consisterait la lésion entre majeurs ?

4. « Il lui apparaît en quatrième lieu préférable de ne pas *traiter généralement le contractant québécois comme un perpétuel et éternel mineur*, mais au contraire de lui accorder toute la protection et le soutien possible contre les abus dans des cas spécifiques. *Cette protection et ce soutien devraient donc être en fonction de besoins et de situations ponctuelles où le risque d'exploitation est clair* »[101]. (Nous soulignons).

Il était utile, même essentiel, que le rapport du Comité ait été finalement rendu public, car, par l'influence prépondérante qu'il a exercée sur la suite des événements, il explique, en ce qui concerne le problème de la lésion entre majeurs, le grave malentendu, que nous avons déjà évoqué[102], quant au régime de la lésion mixte entre majeurs, tel qu'il avait été proposé par l'Office de révision du Code civil en 1978 et retenu par le gouvernement dans l'*Avant-projet* de 1987.

Nous sommes d'avis, en toute déférence, qu'il était, à cet égard, pour le Comité, tout à fait inexact d'estimer que le régime de lésion mixte entre majeurs aurait pour effet de « traiter le contractant québécois comme un perpétuel et éternel mineur ». Tel jugement était fondé sur la conception traditionnelle de la lésion d'après laquelle, selon Pothier[103], « l'imperfection du consentement » repose sur un défaut d'égalité requise par l'équité : l'égalité « blessée » rendait le contrat vicieux. Cette conception de la lésion ne visait que le préjudice résultant de la seule disproportion entre les prestations. Et encore là, fallait-il, en règle générale, qu'il fût « énorme ».

Si l'Office de révision du Code civil et l'article 1449 alinéa 1er de l'*Avant-projet* de 1987 avaient repris à leur compte cette conception de la lésion, nous aurions d'emblée partagé la critique du Comité ; mais, précisément, le régime de *lésion mixte*, tel qu'il fut proposé par l'Office, et retenu dans l'*Avant-projet*, visait non plus, comme dans le droit antérieur, le préjudice résultant de la seule disproportion importante entre les pres-

---

101 Voir J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 76, 349.

102 *Supra*, p. 24.

103 Voir R.J. POTHIER, *op. cit.*, note 6.

tations, mais bien le préjudice résultant d'une disproportion importante *et* provenant d'*un fait illicite externe imputable au cocontractant :* le traitement abusif de la situation ou de l'état de l'autre partie. N'est-ce pas, précisément, selon le Comité aviseur[104] « une situation ponctuelle où le risque d'exploitation est clair » ? Or, on sait que le régime de lésion mixte, préconisé par l'Office[105], contrairement à celui adopté par la *Loi sur la protection du consommateur* (1978)[106], comporte un régime de présomption simple d'exploitation. Si, donc, dans une demande en justice, le défendeur réussit à repousser la présomption simple d'exploitation, le défaut d'équivalence, quel qu'il soit, devient indifférent et ne saurait porter atteinte à la validité du contrat[107]. La victime aura pu faire, comme on dit, une « mauvaise affaire », mais elle aura à en subir les conséquences comme tout autre majeur apte à exercer ses droits civils et à assumer la responsabilité de ses actes. On est loin du « contractant québécois perpétuel et éternel mineur ».

On ne peut donc que vivement regretter que le Comité aviseur ait cru devoir recommander au ministre de la Justice de ne pas retenir l'alinéa premier de l'article 1449 de l'*Avant-projet* qui constituait une application particulière de ce nouveau cadre législatif de moralité contractuelle. L'exigence de la bonne foi et la sanction de l'abus de droit en formaient les « pierres angulaires »[108].

2. Le repli ministériel

On peut certes comprendre la légitime ambition d'un nouveau ministre de la Justice[109] de mener à terme une entreprise aussi vaste que celle de la recodification du droit civil, surtout au stade, presque final, où en étaient rendus les travaux, eu égard à l'échéancier que l'on s'était fixé[110]. Il était

---

104 Voir J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 76, 349.

105 *Supra*, p. 13 et 14.

106 Précitée, note 48.

107 Voir aussi en ce sens, S. GAUDET, *loc. cit.*, note 36, 22 et 23.

108 Voir M.A. GRÉGOIRE, *op. cit.*, note 1, p. 1.

109 Me Gil Rémillard fut chargé du dossier de la réforme du Code civil le 23 juin 1988, le jour même où il fut nommé ministre de la Justice. Voir G. RÉMILLARD, *loc. cit.*, note 71, 284.

110 Le dépôt d'un projet global de Code civil en 1990 pour une adoption en 1991 : *id.*, 292.

aussi raisonnable, pour un ministre de la Justice, d'estimer que « la réforme se devait d'être basée sur de solides consensus avec les deux ordres professionnels directement concernés »[111]. Et, certes, devant l'attitude apparemment irréductible des autorités de ces deux ordres, il fallait sans doute jeter du lest.

Heureusement pour le ministre, divers événements allaient lui faciliter la tâche. Tout d'abord, le Comité aviseur, formé au début juillet 1989, remit son rapport fin octobre de la même année. Le ministre estima que « les recommandations étaient claires et traçaient les pistes pour établir les consensus »[112]. Les ayant trouvées « appropriées », « [n]ous avons donc procédé, écrivait-il, aux changements proposes par le comité »[113], notamment le rejet du « principe de la lésion entre majeurs »[114].

De plus, on commençait, au ministère, à sentir un sentiment d'atmosphère moins crispé dans les relations avec les ordres professionnels, grâce aux fréquentes rencontres avec les nouveaux dirigeants du Barreau et de la Chambre des Notaires sur la base des recommandations du Comité aviseur, que le Ministre avait décidé d'accepter[115].

Et c'est ainsi que le 15 octobre 1990, le ministre de la Justice adressait un *Mémoire au Conseil des ministres* sur la réforme du Code civil[116]. Après avoir exposé, dans la « partie accessible », les divers éléments historiques et techniques du dossier, le mémoire présente les grandes orientations de la réforme que le ministre entendait proposer. En ce qui concerne le droit des obligations, il y est indiqué que « [l]es points à décider, eu égard à la théorie générale des obligations, concernent principalement l'intégration ou non du principe de la lésion entre majeurs... »[117]. Évoquant les éléments à la fois *objectif* (« disproportion ») et *subjectif* (« caractère excessif de

---

111 *Id.*, 293.

112 *Id.*, 300.

113 *Id.*, 301.

114 On notera que le ministre crut devoir signaler que certaines recommandations « étaient plus difficiles à accepter pour les légistes du ministère [...] par exemple, la lésion entre personnes aptes [...] » : *id.*, 300.

115 *Id.*, 302 et suiv.

116 Gil RÉMILLARD, ministre de la Justice, *Objet : La réforme du Code civil*, *Partie accessible*, 15 octobre 1990. Voir aussi, sous le titre « Présentation du projet de Code civil du Québec », (1991) 22 *R.G.D.* 5.

117 *Id.*, 17.

l'engagement ») de la lésion dans l'état actuel du droit positif, le ministre prend position dans les termes suivants[118] :

> « Sur cet aspect de la théorie générale des obligations, il semble acquis que l'introduction du *principe* de la lésion entre majeurs *rendrait plus fragile le lien contractuel et pourrait susciter des abus*. Je proposerais donc de ne pas retenir ce principe dans le futur code, sauf à appliquer la notion de lésion à certaines situations particulières et circonscrites. Toutefois, compte tenu que ces situations sont diverses et visent aussi la lésion subjective, il ne *paraît plus opportun d'apporter une définition de la notion de lésion* ». (Nous soulignons).

Il faut croire que le Conseil des ministres s'est rendu aux propositions du ministre puisque, le 18 décembre 1990, le ministre de la Justice déposait le *Projet de loi 125, Code civil du Québec*[119], dans lequel, en ce qui concerne la lésion entre majeurs, on trouvait l'article 1402 rédigé en ces termes :

> La lésion ne vicie le consentement que dans certains cas expressément prévus par la loi ou à l'égard de certaines personnes, tels les mineurs et les majeurs en tutelle ou en curatelle.
>
> Lesion vitiates consent only in certain cases specifically provided by law or in respect of certain persons such as minors and persons of full age under tutorship or curatorship.

Ainsi « se trouvait-on, écrivaient MM. Pineau et Gaudet, dans la situation qui avait prévalu sous le *Code civil du Bas Canada*[120] ».

On peut, pour cela, regretter que le ministre de la Justice n'ait pas, à notre connaissance, tenté, jusqu'au dernier moment, de faire comprendre aux autorités des chambres professionnelles qu'un Code civil ne saurait, d'un même souffle, consacrer, d'une part, le principe fondamental de bonne foi et admettre, d'autre part, que, dans la formation d'un contrat, un contractant puisse, au mépris de la bonne foi, exploiter à son bénéfice la condition de son cocontractant. N'est-ce pas là, en transigeant avec les principes, payer un prix trop élevé pour obtenir un « consensus », appelé « juste équilibre » ?

---

118 *Id.*, p. 18.

119 Assemblée nationale, projet présenté par M. Gil Rémillard, ministre de la Justice, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1990.

120 J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, nº 104, p. 216.

3. Le retour d'une « définition »

Le *Projet de loi 125, Code civil du Québec*, présenté à l'Assemblée nationale le 18 décembre 1990, fut adopté en principe le 4 juin 1991[121], après un court débat au cours duquel les grands principes d'égalité, d'équité et de bonne foi furent évoqués de part et d'autre, sans pour autant qu'on s'attarde à leur application dans un domaine particulier, notamment la lésion entre majeurs. Le projet fut alors déféré à la Commission des Institutions pour étude article par article. La question de la lésion entre majeurs revint sur le tapis le 9 octobre suivant en vue de régler certaines affaires « laissées en suspens ». D'abord, l'article 1402 fit l'objet d'un amendement. Le ministre proposa la formule suivante[122] :

> Outre les cas expressément prévus par la loi, la lésion ne vicie le consentement qu'à l'égard des mineurs et des majeurs protégés.

Il s'agissait « d'indiquer plus clairement le *caractère exceptionnel* de la lésion... ». Puis, on annonce un article qui viendra « dans un avenir assez prochain ». Mais, ce n'est que le 5 décembre 1991, que le ministre se dit « très content de ... présenter une *nouveauté* »[123] ! Il s'agissait de l'article 1402.1 indiquant les conditions selon lesquelles seraient admises la lésion entre majeurs et la lésion à l'égard des mineurs et des majeurs protégés.

En ce qui concerne la lésion entre majeurs, le texte se lisait ainsi[124] :

> « La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation ».

Le ministre de la Justice nous en fournit l'explication suivante[125] :

> « ...cet amendement vise à circonscrire clairement la *notion de lésion* de manière à dissiper toute ambiguïté qui pouvait subsister quant aux

---

121 Voir Assemblée nationale, Journal des débats, 4 juin 1991, p. 8761-8775 et 8794-8799.

122 Voir Assemblée nationale, Journal des débats, 9 octobre 1991, p. 565. On notera que les amendements ne sont présentés qu'en langue française.

123 Voir Assemblée nationale, Journal des débats, 5 décembre 1991, p. sci-1211.

124 *Id*.

125 *Id*., p. 1211 et 1212. En lisant ensemble les articles 1405 et 1406 C.c.Q., on a du mal à comprendre comment le ministre pouvait considérer la lésion entre majeurs comme un « concept de lésion d'application générale ».

conditions d'existence de ce vice de consentement. Le premier alinéa introduit ainsi, sur la base des propositions de l'Office de révision du Code civil à l'article 37, livre cinq *et des dispositions de l'article 8 de la loi sur la protection du consommateur* un concept de lésion *d'application générale* sur le déséquilibre des prestations et l'idée d'exploitation ». (Nous soulignons).

On a pu s'interroger sur les motifs d'un changement de cap présenté aussi tardivement. Encore une fois, on a parlé de « consensus », de « juste milieu », de « juste équilibre ». Il convient, à cet égard, de rappeler que le Barreau du Québec et la Chambre des Notaires, dans leur mémoire sur le *Projet de loi 125*, tout en se déclarant satisfaits de la disparition de la lésion entre majeurs comme cause générale de nullité des contrats, au nom de la stabilité contractuelle, se déclarèrent, toutefois, en faveur d'une définition de la lésion[126]. Au fond, comme le notait Me Claude Masse, conseiller de l'Opposition[127], « tout le monde s'est rendu compte du fait qu'il fallait définir, compte tenu de son importance, la lésion ». Et c'est ainsi que l'on a cru devoir reprendre, en substance, la proposition de l'Office de révision du Code civil[128] qui avait été retenue par le Gouvernement dans l'*Avant-projet de loi* de 1987. On notera, toutefois, que le texte de l'Office n'avait pas été conçu, à proprement parler, comme une définition de la lésion[129], mais bien comme un régime particulier de lésion (lésion mixte), *d'application générale* aux majeurs en matière de formation du contrat.

CONCLUSION

Ainsi, suggérée, en 1977, par l'Office de révision du Code civil, proposée, en 1987, par le gouvernement dans l'*Avant-projet de loi sur le droit des obligations*, rejetée, en 1990, par le gouvernement dans le *Projet de loi*

---

126 Voir BARREAU DU QUÉBEC, *Théorie générale des obligations (P.L. 125)*, Montréal, 1991, p. 15 et 16 ; CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *Mémoire portant sur le Projet de loi 125 – Code civil du Québec* – Livre des obligations, Titre premier Des obligations en général, Montréal, 1991, p. 17 et 18.

127 Voir Assemblée nationale, *op. cit.*, note 123, p. sci-1212.

128 *Supra*, note 32. Une version pourtant bien différente de l'art. 8 de la *Loi sur la protection du consommateur*, *supra*, p. 14. Pourquoi ne pas, à ce sujet, assurer la cohérence des textes, au bénéfice du demandeur qui s'estime lésé, selon la règle de droit commun ?

129 *Supra*, note 31.

125, Code civil du Québec, la lésion *mixte* entre majeurs refit surface, présentée par le gouvernement comme une « nouveauté », en 1991, aux toutes dernières heures des travaux parlementaires sur la recodification du droit civil et devint, à titre de « définition », sous sa forme définitive, « d'application générale », bien que « de caractère exceptionnel », l'article 1406 al. 1er du *Code civil*. Il se lit ainsi :

La lésion résulte de l'exploitation de l'une des parties par l'autre, qui entraîne une disproportion importante entre les prestations des parties ; le fait même qu'il y ait disproportion importante fait présumer l'exploitation.	Lesion results from the exploitation of one of the parties by the other, which creates a serious disproportion between the prestations of the parties; the fact that there is a serious disproportion creates a presumption of exploitation.

Ce régime avait été conçu comme l'un des ensembles de règles de droit commun destiné à assurer l'intégrité du consentement des parties contractantes ; il visait tout particulièrement, par le jeu d'une présomption simple, soit le rétablissement de l'égalité entre les parties, soit la sanction de l'exploitation gravement préjudiciable d'un contractant par l'autre, quel qu'il soit, car, au Québec comme ailleurs[130], le poids et le conflit des inté-

[130] C'est ainsi que, en pays de tradition civiliste, ce régime de lésion mixte, d'inspiration germanique, a été introduit, notamment, en Allemagne (art. 138 B.G.B.) et en Suisse (art. 21 C.O.). Voir Michel FROMONT et Alfred RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, t. III, Paris, Cujas, 1991, p. 58 ; aux Pays-Bas, L. 3, art. 44, al. 1 et 4 C. civ. ; en Italie, art. 1448 C. civ. ; en Argentine, art. 954 C. civ. Il convient de noter qu'en France, l'*Avant-projet de réforme du droit des obligations* (art. 1101-1386 C.c.fr.), présenté au ministre de la Justice le 22 septembre 2005, prévoit, parmi les vices de consentement, une « innovation réelle » (p. 22) sous la forme d'un cas de violence : « l'idée d'exploitation abusive d'une situation de faiblesse provoquée par un état de nécessité ou de dépendance », (*id.*). L'art. 1114-3 prévoit, en effet, un vice d'application générale : « Il y a également violence lorsqu'une partie s'engage sous l'empire d'un état de nécessité ou de dépendance, si l'autre exploite cette situation de faiblesse en retirant de la convention un avantage manifestement excessif. La situation de faiblesse s'apprécie d'après l'ensemble des circonstances en tenant compte, notamment, de la vulnérabilité de la partie qui la subit, de l'existence de relations extérieures entre les parties ou de leur inégalité économique. » Voir, à ce sujet, Denis MAZEAUD, *Les dix commandements du droit français contemporain des contrats*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, 5e commandement : « De la dépendance de ton contractant, tu n'abuseras pas ! », p. 23 et suiv. En pays de common law, v. le régime analogue de *unconscionability* : théorie générale : Stephen A. SMITH, *Contract Theory*, Oxford, O.U.P., 2004, p. 340 et suiv. ; aux États-Unis U.C.C. § 2-302. Voir Philip BRIDWELL, « The

rêts particuliers touchent tous les niveaux de société et toutes les catégories de personnes, physiques ou morales. Le régime devenait, aux côtés de ceux de l'erreur provoquée par le dol ou la réticence, ou encore de la crainte résultant de menaces ou de l'exercice abusif d'un droit, un instrument de sauvegarde de la bonne foi qui – faut-il encore le rappeler – doit, *à titre de principe général*, présider à l'exercice des droits civils, notamment à la négociation et à la conclusion des contrats (art. 6, 7 et 1375 C.civ.).

Le ministre de la Justice lui-même, dans son discours du 4 juin 1991 sur l'adoption de principe du *Projet de loi 125, Code civil du Québec*, déclarait fort justement[131] :

> « Le Code est un instrument ordonné, cohérent, qui facilite la connaissance de l'ensemble des règles du droit privé en les regroupant dans un même document. En *recherchant la cohérence des textes et, derrière eux des principes qui y sont exprimés, il [le Code] se concentre sur la cohérence des institutions*. (Nous soulignons).

Comment, dès lors, pouvait-on, à la fois, consacrer explicitement le principe fondamental de la bonne foi et la sanction de l'abus de droit, notamment, en matière contractuelle, et n'en reconnaître l'application, en matière de lésion mixte, – pourtant présentée comme un « concept d'application générale »[132] – que dans « les cas expressément prévus par la loi » ?[133]

Philosophical Dimensions of the Doctrine of Unconscionability », (2003) 70 *U. of Chicago L.R.* 1512 ; en Grande Bretagne et Australie, *Cheshire, Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 15e éd. par Michael Furmston, Bristol, Butterworths, 2007, p. 385 et suiv. ; au Canada, Stephen M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 5e éd., Toronto, Canada Law Book, 2005, nos 512 et suiv., p. 365 et suiv., nos 539 et suiv., p. 384 et suiv. À l'échelle à la fois régionale et internationale, le régime est proposé respectivement dans les *Principes du droit européen du contrat*, préparés par la Commission LANDO, version française par Georges Rouhette, avec la coll. de Isabelle de Lamberterie, Denis Tallon et Claude Witz, Paris, Société de législation comparée, 2003, art. 4 :109, et dans les *Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 2004, art. 3.10. Voir Michael J. BONELL, *An International Restatement of Contract Law*, 3e éd., Ardsley, N.Y., Transnational Publishers Inc., 2005, p. 165 et suiv.

131 Voir Assemblée nationale, Journal des débats, 4 juin 1991, no 133, p. 8765.

132 *Supra*, note 125.

133 Voir art. 1405 C.c.Q. Voir, notamment, les art. 424, 472, 1609 et 2332 C.c.Q. où il est textuellement question de lésion. Ailleurs, par ex. à l'art. 1793 C.c.Q., on trouve l'expression « préjudice sérieux ». Voir pour une critique d'un tel régime de « dispersion » : L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 1, 917 et 918.

La stabilité contractuelle constitue assurément une valeur éminemment défendable, mais certes pas au mépris de la bonne foi, par l'exploitation gravement préjudiciable d'une partie contractante.

Une telle solution ne saurait être considérée comme « opportune », comme le suggérait le Comité aviseur[134], car le régime de la lésion mixte ne traite en aucune manière « le contractant québécois comme un perpétuel et éternel mineur », ni ne le libère de son sens des responsabilités[135]. Il est fondé, non plus sur la « faiblesse », ou l' « imprudence » de la *victime* de la disproportion, mais bien sur l'abus gravement préjudiciable de l'*exploiteur*.

Une telle incohérence législative ne saurait non plus constituer le « juste équilibre » tant souhaité par le ministre de la Justice, car, pour être « juste », un équilibre exige parfois un fondement plus solide qu'un « consensus ».

Existerait-il, aujourd'hui, un nouveau et plus juste consensus qui, reconnaissant au principe général de bonne foi dans l'exercice des droits civils toute la force de sa signification et l'ampleur de son rôle, donnerait à la lésion mixte entre majeurs le statut d'un régime de droit commun[136] ? Nous le souhaitons vivement.

---

134 Voir le rapport du Comité aviseur, *supra*, p. 32.

135 Voir, à cet égard, les *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 853, sous l'art. 1405 C.c.Q. : « [...] l'extension du domaine de la lésion, non circonscrite à des cas spécifiques, paraissait susceptible de compromettre la stabilité de l'ordre contractuel, d'engendrer éventuellement certains abus et de diminuer dans une certaine mesure le sens des responsabilités des citoyens ». Nous avons déjà ailleurs exprimé notre profond désaccord avec une telle appréciation qui, en toute déférence, manifeste une incompréhension du régime de la « lésion mixte », tel qu'il a été proposé par l'Office (art. L.V-37) et retenu par le Gouvernement (*Avant-projet*, art. 1449, al. 1er) en 1987, en escamotant l'élément essentiel de l'exploitation d'une partie par l'autre. Voir P.-A. CRÉPEAU et É. CHARPENTIER, *op. cit.*, note 1, p. 110 et suiv.

136 Voir en ce sens, J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, no 104, p. 117 ; D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 1, nos 906 et suiv., p. 430 et suiv. ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 1, no 276, p. 323 ; L. ROLLAND, *loc. cit.*, note 1, 916 ; P.-G. JOBIN, *loc. cit.*, note 92.

LES SUITES DE L'AFFAIRE *DORION*

Yvan DESJARDINS*

* Notaire, professeur titulaire honoraire à la Faculté de droit de l'université de Montréal.

Nous tenons à remercier Me Dominique Duclos, notaire, d'avoir bien voulu relire notre manuscrit et nous faire part de ses précieuses suggestions. Nous la remercions aussi d'avoir accepté la tâche fastidieuse de vérifier nos notes et références.

À mon maître et ami très cher Roger Comtois à qui je dois d'être devenu professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Je désire ici le remercier du fond du cœur d'avoir ainsi permis que je consacre une partie de ma vie, certes la plus belle, à l'enseignement universitaire et à la formation de nombreux confrères.

Yvan Desjardins

INTRODUCTION

Nous avons eu l'insigne privilège d'être l'un des premiers, sinon le premier, à publier un article quelque peu exhaustif sur le jugement rendu par la Cour suprême du Canada en 1991 dans l'*affaire Dorion*[1], du nom même du notaire impliqué dans ce procès peu banal. Cet article, rédigé à chaud si on peut dire, a paru dans la *Revue du notariat*[2].

Dans cette étude, nous soulignions la très grande importance de cet arrêt pour le monde juridique en général. En fait, il ne fallait pas être grand clerc pour soupçonner que ce jugement, d'une extrême sévérité, allait avoir certaines conséquences pour les juristes[3], dont les deux que nous voulons analyser aujourd'hui : la première, que nous ne pressentions même pas à l'époque, sur l'admissibilité du témoignage du notaire expert en droit et, la

---

1 Répertorié sous les noms de *Roberge* c. *Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, cet arrêt est mieux connu dans la communauté notariale comme l'*affaire Dorion*, du nom de Me Richard Dorion, notaire, qui, par suite du refus de la Cour d'appel de l'entendre à la suite d'un jugement défavorable rendu en première instance, avait obtenu le privilège, très rarement accordé dans nos annales judiciaires, d'être entendu directement par la Cour suprême. Pour alléger notre texte, nous donnerons à cet arrêt l'appellation d'*affaire Dorion*, sans autre référence, sauf pour en citer des extraits, auquel cas nous indiquerons la référence précise.

2 Yvan DESJARDINS, « L'effet de la chose jugée et l'examen des titres, ou la responsabilité notariale selon la Cour suprême », (1991-92) 94 *R .du N.* 283.

3 Tous les juristes du Canada, avocats, conseillers juridiques, notaires, sont concernés par cet arrêt. On comprendra cependant que, dans cette étude, nous insistions plus particulièrement sur ses conséquences pour les notaires.

seconde, sur l'erreur de droit commise par un notaire dans l'exercice de ses fonctions.

I. L'ADMISSIBILITÉ DU TÉMOIGNAGE DU NOTAIRE EXPERT EN DROIT

La justice est humaine, elle ne vit pas en solitaire.
Proudhon

Vraiment, nous n'aurions jamais cru un seul instant que cette décision de la Cour suprême pourrait restreindre considérablement l'admissibilité du témoignage d'un notaire comme expert dans les domaines de sa compétence, et ce, dans plusieurs procès civils où sa présence avait toujours été acceptée et reconnue généralement comme fort utile. Par exemple, pour expliquer au tribunal une méthode à suivre dans l'examen des titres de propriété, pour se prononcer sur la suffisance ou non d'une désignation d'immeuble, notamment d'une partie de lot, pour invoquer une règle de droit ou de jurisprudence à appliquer à un cas d'espèce, à une situation particulière qui se présente rarement, ou encore pour interpréter certaines clauses que l'on ne trouve, en pratique, que dans des actes notariés.

Depuis l'*affaire Dorion*, nous sommes au courant de plusieurs cas où des notaires ont vécu une expérience semblable à celle que nous nous permettons de relater ci-après, bien sûr strictement à titre d'exemple, expérience combien désagréable pour le confrère qui la subit.

Un procès s'engage entre un demandeur, propriétaire d'un terrain situé sur le bord d'un lac ou d'une rivière, qui réclame, moyennant une indemnité compensatoire raisonnable, un droit de passage sur un immeuble adjacent, le seul pouvant donner accès à un chemin public, et le défendeur, propriétaire de ce dernier immeuble, lequel refuse carrément d'accorder cette servitude. Celui-ci allègue que le terrain du demandeur n'est pas enclavé au sens de la loi ; en effet, soutient-il, le demandeur peut y avoir accès à partir d'un quai public situé de l'autre côté du lac ou de la rivière (à peine un kilomètre de distance), l'hiver en traversant sur la glace, en toute autre saison au moyen d'une embarcation et en tout temps par hélicoptère. Aussi cocasse que cela puisse paraître, il ne s'agit pas là, comme on pourrait le croire, d'un cas entièrement imaginaire, les immeubles en bordure de plans d'eau ayant pris tellement de valeur ces dernières années qu'ils donnent parfois naissance à des tragi-comédies.

Ainsi qu'il arrive souvent dans une affaire semblable, le procureur du demandeur requiert d'un notaire un rapport d'expertise, en lui fournissant les plans des deux terrains concernés et des terrains environnants, ainsi que les actes d'acquisition des parties.

Le notaire retenu comme expert procède d'abord à l'examen des titres des deux immeubles en cause. Il se rend ainsi compte qu'aucune servitude conventionnelle de passage n'a déjà été créée en faveur du terrain du demandeur et que ce terrain ne provient pas d'un morcellement de l'immeuble du défendeur, auquel cas ce dernier aurait été obligé de fournir le passage réclamé (art. 999 C.c.Q.).

Reste à examiner le fait même de l'enclave. Les motifs invoqués par le défendeur pour prétendre que le terrain du demandeur n'est pas enclavé sont-ils valables en droit ? L'article 997 du *Code civil du Québec* ne définissant pas ce qui constitue une « issue sur la voie publique », se pourrait-il que cette issue puisse être autrement que par voie terrestre, comme le prétend le défendeur ? Le notaire pousse donc plus loin son analyse. Il constate que l'article 997 précité provient de l'article 540 du *Code civil du Bas-Canada* qui, lui, avait comme source l'ancien article 682 du Code Napoléon. Ce dernier article a été longuement commenté par les auteurs français, notamment Demolombe et Baudry-Lacantinerie. Selon ces auteurs, il ne fait aucun doute que pour être considéré comme non enclavé, un terrain doit nécessairement avoir un accès à un chemin public par voie terrestre. Les motifs du défendeur ne sont donc pas valables : il doit accorder le droit de passage demandé, en autant que celui-ci s'exerce à l'endroit le moins nuisible pour le défendeur et sur la plus courte distance entre le terrain du demandeur et le chemin public.

Ayant produit son rapport d'expertise et son *curriculum vitae*, le notaire en question se présente au tribunal le jour fixé pour l'audition de la cause. Le procureur du demandeur l'invite à venir à la barre et, après avoir prêté serment, à décliner ses titres et qualités afin d'être qualifié de témoin expert.

Immédiatement, comme si son siège était muni d'un ressort automatique, l'avocat du défendeur se lève d'un seul jet pour faire une objection : « Votre Honneur, je connais, dit-il, toutes les qualités du notaire Untel, mais je m'objecte à ce qu'il témoigne aujourd'hui comme expert. La question que nous avons à débattre est surtout une question de droit, et ce n'est pas au témoin, aussi compétent et aussi expert soit-il, à dire ce qu'est le droit. C'est vous seul, Votre Honneur, qui êtes l'expert en droit. Je vous

réfère à ce sujet à l'*affaire Dorion*, une très importante décision de la Cour suprême qui rend inadmissible le témoignage du notaire dans les circonstances présentes. J'ai même avec moi une photocopie de ce jugement que je vous remets à l'instant. »

Le juge, après avoir remercié le procureur d'avoir attiré son attention sur cet arrêt du plus haut tribunal du pays – et sans doute aussi un peu flatté d'avoir été qualifié devant les personnes présentes du seul expert en droit –, s'excuse de devoir suspendre l'audience pour aller dans son bureau, dit-il, afin de prendre connaissance de l'arrêt qu'on vient de lui citer. À son retour, près d'une heure plus tard, il présente au notaire ses regrets de ne pouvoir l'entendre à cause de cette jurisprudence. Aucune objection n'étant soulevée par l'avocat du demandeur, ce point est clos et le présumé notaire expert doit repartir avec son petit bonheur, à moins de se contenter d'assister le procureur, mais sans aucun droit de parole.

Les juges de la Cour du Québec et de la Cour supérieure, siégeant en première instance, ont-ils raison d'agir ainsi ? L'arrêt de la Cour suprême dans l'*affaire Dorion* fait-il réellement jurisprudence en prohibant le témoignage d'un notaire dans les domaines du droit où son expertise est reconnue ? À ces deux interrogations, nous répondons par la négative. Dans l'arrêt précité, la Cour suprême, selon nous, n'est pas allée jusque-là, tant s'en faut, contrairement à ce que peuvent croire plusieurs avocats – naturellement quand cela fait leur affaire.

Madame la juge Claire L'Heureux-Dubé, qui a rédigé la décision de notre plus haut tribunal dans l'*affaire Dorion*, a consacré à cette question du notaire témoin expert un chapitre en somme très, très succinct[4], mais dont il y a pourtant lieu de relever les extraits les plus importants.

Tout d'abord, on se rappellera que toute cette affaire portait fondamentalement sur la validité d'un titre de propriété refusé par Me Dorion, le notaire appelant, et sur la responsabilité de ce dernier par suite de ce refus. Le procureur de Me Dorion avait, en première instance, présenté le témoignage d'un expert en la personne de Me Yves Demers, notaire depuis 1960

4 L'analyse de cette question du témoin expert tient dans huit pages à peine (428-436), parmi les soixante-quinze pages que contient, tel que publié dans les rapports officiels (R.C.S.), tout le jugement de la Cour suprême. C'est donc dire que cette question n'a pas reçu la même attention que la théorie sur la chose jugée qui, à elle seule, a retenu vingt-sept pages. C'est cette théorie, nous le verrons plus loin, qui est le point central de l'*affaire Dorion*.

et professeur de droit réputé dans la communauté juridique et notariale, ainsi que le témoignage d'un autre notaire de grande expérience. Tous deux avaient corroboré l'opinion de Me Dorion et exprimé très clairement qu'eux aussi auraient refusé le titre et pour les mêmes raisons que celles invoquées par leur confrère, lesquelles étaient des raisons de droit pur et quelque peu complexes. Nous y reviendrons dans la seconde partie de notre étude.

Le juge de la Cour supérieure qui avait entendu la cause en première instance[5] avait admis ces témoignages et ce, malgré les objections de la partie adverse. Sur ce point très précis, la Cour suprême s'exprime comme suit[6] :

> À mon avis, le juge de première instance a eu raison. Le témoignage d'expert est admissible pourvu que l'expert possède les qualités requises et que son témoignage soit nécessaire ou utile au tribunal aux fins de trancher des questions de caractère technique ou scientifique.

Puis, après une brève revue de la doctrine et de la jurisprudence, lesquelles, à l'époque, ne remettaient jamais en question l'admissibilité du témoignage d'un avocat ou d'un notaire à titre d'expert, la Cour suprême continue[7]:

> Le juge, cependant, reste l'arbitre final et n'est pas lié par le témoignage des experts. [...] Il en va particulièrement ainsi en matière de responsabilité professionnelle, où le témoignage d'un expert ne lie pas quant à la question de droit précise que le juge est appelé à trancher. Cette question relève du domaine du juge.

Le témoin expert, qu'il soit avocat, notaire, fiscaliste ou, à la rigueur, professeur de droit dans une faculté universitaire, peut s'avérer une ressource précieuse pour un tribunal. Sa compétence, surtout si elle est spécialisée dans un secteur d'activité bien particulier, lui permet d'émettre une opinion qui, sans lier le juge, aide ce dernier à mieux apprécier certains faits mis devant lui dans un procès concernant des questions d'une certaine complexité.

---

5 *Roberge* c. *Bolduc*, C.S. Québec, n° 200-05-001785-877, 9 février 1988, j. Mignault.

6 [1991] 1 R.C.S. 374, 429.

7 *Id.*, 430-431.

Sur ce témoin expert, voici ce que Ferland et Emery écrivent[8] :

> Le témoignage d'opinion est réservé au témoin expert et les exigences énoncées à l'article 402.1 C.p.c. doivent être respectées avant que celui-ci puisse témoigner [...].
>
> Le témoignage d'un expert, malgré la qualité de ce dernier, ne lie toutefois pas le tribunal. Ce témoignage est apprécié selon sa valeur probante de la même façon que le tribunal apprécie le témoignage d'un témoin ordinaire [...].
>
> La partie qui produit un témoin dans le but de lui faire rendre un témoignage d'opinion fait d'abord témoigner cette personne sur sa qualité d'expert. À cette occasion, l'expert produit généralement son *curriculum vitae* [...]. Naturellement, l'expert ne rend son témoignage d'opinion qu'à l'égard de son domaine d'expertise.

Dans un article publié dans la *Revue du Barreau*, Charles D. Gonthier, ancien juge de la Cour suprême – il faisait partie du banc de cette cour lorsque celle-ci rendit jugement dans l'*affaire Dorion* – va encore plus loin[9] :

> Un exemple [...] de l'assouplissement des règles de preuve, rendu nécessaire par l'évolution et le changement de la société, est justement le témoignage d'experts. Fondamentalement, un jugement est l'opinion en droit qu'un juge émet à partir des faits qui lui sont présentés. C'est, pourrait-on dire, une traduction juridique des évènements et de leurs conséquences. Or le droit, dans son rôle normatif, a besoin de toutes les connaissances disponibles, aussi bien quantitativement que qualitativement. [...] L'expert assiste donc le juge des faits puisque [...] il met à la disposition du jury ou de tout autre juge des faits son opinion d'expert sur le sens des faits établis, ou sur les conclusions à en tirer, dans un domaine où le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge [...]. Par sa connaissance spécialisée, l'expert aide, assiste, éclaire la lanterne du tribunal.

À ces lignes, qui ont été écrites après l'arrêt de la Cour suprême dans l'*affaire Dorion*, il faut ajouter la remarque très fine et surtout très sage que,

---

8 Denis FERLAND et Benoît EMERY, *Précis de procédure civile du Québec*, 4e éd., vol. I, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 487 et suiv.

9 Charles D. GONTHIER, « Le témoignage d'experts : à la frontière de la science et du droit », (1993) 53 *R. du B.* 187, 189 et 193. Les soulignés sont de nous.

déjà en 1956, faisait le juge Oscar-L. Boulanger dans un procès qui avait lieu devant lui[10] : « Les juges ne connaissent pas tout *de omnibus rebus scibillis et quibusdam aliis*. Aussi la loi leur donne-t-elle le droit, lorsque la nature du litige le requiert, d'avoir recours aux lumières de gens à ce connaissants [...]. »

Cette remarque nous rappelle l'expérience que nous avons personnellement vécue dans un procès où s'est présenté à l'improviste un problème relatif à des garanties obtenues en vertu des articles 427 et 428 de la *Loi sur les banques*[11]. Or, on sait qu'il s'agit là de questions toujours complexes que seuls connaissent bien les praticiens du droit bancaire. Fort heureusement, le directeur de la succursale appelé à témoigner était assisté d'un membre du Service des affaires juridiques de sa banque. Celui-ci s'est offert, à titre d'*amicus curiae*, d'expliquer au tribunal en quoi consistent pareilles garanties, comment elles doivent être prises et quels droits elles confèrent à la banque qui en est la détentrice. Inutile d'ajouter que le juge l'a écouté avec beaucoup d'attention, religieusement pourrait-on dire, car, pour employer l'expression plus haut citée de Me Gonthier, il aidait, assistait et éclairait la lanterne du juge. Ce juriste remplissait là parfaitement le rôle, tel que nous le concevons, d'un témoin expert en droit.

Nous affirmons donc, n'en déplaise à certains procureurs, que le jugement de la Cour suprême dans l'*affaire Dorion* ne porte aucunement atteinte à l'admissibilité du témoignage du notaire expert devant nos tribunaux de première instance. Évidemment, sous la restriction que ce témoignage soit rendu uniquement sur des questions situées dans un domaine du droit qui est de l'expertise reconnue du témoin, et aussi sous la réserve que ce témoignage ne puisse lier le juge, lequel peut avoir, bien sûr, une opinion différente de celle de l'expert. Dans notre société en perpétuelle mutation, où le droit devient de plus en plus complexe et continuellement changeant, refuser ce genre de témoignage ne servirait certes pas la cause de la justice. À ce propos, nous épousons la thèse de l'auteur Jean-Claude Royer, qui écrit[12] :

> Il est dangereux d'exclure *a priori* une preuve d'expertise, sauf s'il est manifeste qu'elle n'a aucune valeur probante. Or, celle-ci est généra-

---

10 *Pelletier* c. *Rouleau*, [1956] C.S. 178, 179.

11 L.C. 1991, c. 46.

12 Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 297 et suiv.

lement déterminée au moment où l'enquête est close et que toute la preuve a été soumise au tribunal.

Avec tous les égards possibles, nous osons même ajouter que les magistrats des cours de première instance doivent se faire très humbles et admettre en leur for intérieur qu'ils ne connaissent pas tout, comme l'exprimait le juge Boulanger, plus haut cité, et ce, même en droit. En conséquence, il nous semble qu'un magistrat qui n'admettrait pas le témoignage d'un expert qualifié sur une question outrepassant ses connaissances juridiques ferait montre d'un manque de transparence, pour ne pas dire d'irresponsabilité, dans l'exercice de ses fonctions judiciaires.

Ce que nous venons d'avancer, nous savons que notre estimé collègue Me Roger Comtois le confirmerait d'emblée, lui qui, au cours d'une longue et fructueuse carrière de notaire et de professeur d'université, a témoigné à maintes et maintes occasions devant nos cours de justice à titre d'expert et a souvent réussi, par sa science du droit et son prestige, à faire triompher une vérité que ne semblaient pas, à prime abord, admettre certains juges.

Nous espérons que cette première partie de notre étude vient renforcer, si besoin en était, ce que les auteurs, notamment ceux que nous avons cités plus haut, ont déjà écrit sur l'utilité et, dans les cas d'une certaine complexité juridique ou lorsqu'il s'agit d'établir les us et coutumes de la pratique professionnelle[13], la nécessité du témoignage du notaire expert. Nous souhaitons aussi que les procureurs ainsi que les magistrats de première instance relisent attentivement les quelques pages consacrées par la Cour suprême, dans l'*affaire Dorion*, à la question du témoin expert[14]. Ils en viendront probablement, tout comme nous, à la conclusion que rien dans cet arrêt ne prohibe le témoignage d'un notaire à titre d'expert dans les domaines du droit qui relèvent de sa compétence et où son expertise est reconnue. Tant mieux s'il peut assez éclairer « la lanterne du tribunal » pour éviter aux justiciables les erreurs de ce dernier.

---

13 Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 980 et 981.

14 *Supra*, note 4.

II. L'ERREUR DE DROIT COMMISE PAR UN NOTAIRE DANS L'EXERCICE DE SES FONCTIONS

La vérité de demain se nourrit de l'erreur d'hier.
Saint-Exupéry

On sait que le notaire québécois remplit au moins deux fonctions : d'abord celle d'un officier public chargé comme tel de rédiger des actes qui, de part l'effet de la loi[15], sont authentiques, ensuite celle d'« un conseiller juridique de profession », comme l'a qualifié si justement notre savant confrère Paul-Yvan Marquis[16]. Il convient donc d'étudier la question de l'erreur de droit pour chacune de ces fonctions et l'influence qu'a pu y exercer l'*affaire Dorion*.

A. Le notaire officier public

La fonction d'officier public a trait particulièrement aux formalités intrinsèques et essentielles à l'authenticité des actes reçus par un notaire. À cet égard, une erreur de droit commise par ce dernier a toujours constitué et constitue toujours une faute grave susceptible d'engager sa responsabilité (sauf évidemment cas de force majeure, ce qui ne devrait pas se présenter souvent). Pour employer l'expression des auteurs les plus connus en matière de responsabilité civile, la fonction d'officier public entraîne un devoir de conformité[17].

Sur ce sujet, notre doctrine et notre jurisprudence appliquent depuis fort longtemps, sans même peut-être le réaliser, ce qu'on appelle en France le principe d'efficacité. Dans ce pays où, entre autres, tous les actes sujets à la publicité foncière doivent être nécessairement des actes notariés, les notaires ont toujours été tenus de prendre toutes les dispositions requises pour en assurer la validité et l'efficacité. Dans son volume sur la respon-

---

15 *Loi sur le notariat*, L.R.Q., c. N-3, art. 10 ; C.c.Q., art. 2814.

16 Paul-Yvan MARQUIS, *La responsabilité civile du notaire*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1999, n° 177.

17 J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 13, p. 1090 et 1091.

sabilité civile des notaires en France, Jean-Luc Aubert, citant plusieurs décisions récentes de la Cour de cassation, émet le commentaire suivant[18] :

> L'obligation d'efficacité, dans la logique de son fondement, s'applique, sans aucun doute, à tous les actes auxquels les notaires donnent la forme authentique. Mais [...] le principe d'efficacité inhérent à l'authenticité déborde le domaine de la fonction d'authentification. [...] En d'autres termes, la nature de l'acte – authentique ou sous seing privé – n'est pas un critère déterminant du champ d'application des obligations professionnelles du notaire.

Nous sommes aussi de cette opinion. Comme le souligne si bien Jeanne de Poulpiquet[19] : « Telle une tunique de Nessus, un notaire ne peut jamais se départir de sa qualité d'officier public. » Mais nous ne voulons pas élaborer davantage sur ce sujet, sauf pour dire qu'en autant que les actes notariés en minute sont concernés, nos confrères du Québec, aidés sûrement en cela par le Service d'inspection professionnelle de notre ordre, se font très majoritairement un scrupuleux devoir d'accomplir intégralement toutes les formalités propres aux actes notariés. De sorte que, par rapport au grand nombre d'actes reçus par l'ensemble des notaires, bien peu sont attaqués en justice pour des raisons de formalisme. Néanmoins, il reste que nos tribunaux ont pris très au sérieux – mais sans que l'*affaire Dorion* ne les y ait incités davantage – les quelques cas de ce genre qui ont abouti devant eux ces dernières années, notamment pour défaut du notaire, à titre d'officier public, d'avoir vérifié l'identité ou la capacité des parties, ou encore d'avoir traduit fidèlement leurs volontés[20].

---

18 Jean-Luc AUBERT, *La responsabilité civile des notaires*, 4e éd., Paris, Éditions Defrénois, 2002, p. 95.

19 Jeanne DE POULPIQUET, *Responsabilité des notaires*, Paris, Éditions Dalloz, 2003, no IV. 22, p. 404.

20 Dans la présente étude, nous n'avons pas l'intention de stigmatiser davantage les confrères qui l'ont déjà été par les tribunaux. C'est pourquoi nous adoptons la méthode déjà utilisée par Me Paul-Yvan Marquis : lorsque la référence à une décision judiciaire identifie un notaire, le nom de celui-ci est remplacé par la lettre « X ». Pour des fautes ou erreurs commises par des notaires en tant qu'officiers publics, voir : *Caisse populaire St-Paul l'Ermite* c. *X*, [1997] R.R.A. 211 (C.S.) ; *Caltagirone* c. *Fournier*, [1999] R.D.I. 466 (C.S.) ; *Véronneau* c. *Montreuil*, [2000] R.R.A. 579 (C.Q.) ; *Martin* c. *Denis*, [2001] R.J.Q. 2263 (C.S.) ; *Bastien* c. *Côté*, [2004] R.D.I. 412 (C.S.).

B. Le notaire conseiller juridique

C'est sur la seconde fonction du notaire, celle de conseiller juridique, que nous entendons porter maintenant notre attention, car elle s'avère beaucoup plus que la première, génératrice d'erreurs de droit.

Il y a près de soixante ans, André Nadeau, l'un des auteurs de la collection du *Traité de droit civil du Québec*, écrivait[21] :

> Le devoir de conseil ne doit pas s'apprécier, en général, de façon trop sévère. Si le notaire se trompe, on ne lui tiendra compte que de son ignorance inexcusable, que des fautes que ne commettrait pas un homme de loi prudent, diligent et raisonnablement versé dans la connaissance du droit. On ne peut exiger de tout notaire la science des meilleurs de sa profession.
>
> La responsabilité du notaire sera inexistante s'il s'avère qu'il a fait erreur sur une question sérieusement controversée, en optant pour une opinion qui ne semble pas recueillir les plus forts suffrages. Il ne serait pas alors fautif.

Plus de vingt ans plus tard, en 1971, le même auteur, cette fois avec le concours de Richard Nadeau, reprenait exactement, mot pour mot, le même texte dans un volume intitulé *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*[22].

Récemment, en 2003, Jean-Louis Baudouin, juge à la Cour d'appel du Québec et professeur émérite de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, avec la collaboration de Patrice Deslauriers, actuellement professeur à cette même faculté, adoptait en substance la même théorie en l'exposant sous une forme plus moderne dans son imposant traité sur *La responsabilité civile*[23] :

> Comme pour tout autre professionnel, les obligations du notaire restent, en général, des obligations de moyens. Il est donc tenu d'observer

---

21 *Traité de doit civil du Québec*, t. 8, par André NADEAU, « La responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle », Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1949, p. 263.

22 André et Richard NADEAU, *Traité pratique de la responsabilité civile délictuelle*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1971, p. 297.

23 J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 13, p. 1090 et 1091. À noter que cet auteur très respecté a souligné dans cet ouvrage la grande sévérité du jugement de la Cour suprême dans l'*affaire Dorion* : voir p. 1021.

> un standard de compétence compatible avec celui qu'aurait observé, dans les mêmes circonstances, un notaire raisonnablement prudent et diligent [...].
>
> L'analyse *in abstracto* du concept de faute exige de comparer le comportement du notaire à celui d'un même professionnel du droit normalement prudent, diligent et compétent.

Nous sommes parfaitement d'accord avec ces principes qui n'ont à peu près jamais varié dans le temps, exception faite – et nous nous demandons bien encore pourquoi – de l'intermède survenu avec l'*affaire Dorion*.

Dans celle-ci, en effet, tant la Cour supérieure que la Cour suprême n'ont tenu aucun compte de l'opinion de deux notaires, dont l'un professeur de droit bien connu et estimé de toute la profession, témoignant à titre d'expert, et l'autre, praticien de vingt-sept ans d'expérience et agissant, au surplus, comme conseiller juridique de la partie qui poursuivait le notaire Dorion. Or, leurs témoignages unanimes et impartiaux ont établi, sans l'ombre d'un doute, que Me Dorion n'avait pas commis d'erreur de droit et qu'il avait agi comme la plupart des notaires prudents et bien informés, dont eux-mêmes, l'auraient fait dans les mêmes circonstances.

Comment se fait-il alors que la Cour suprême n'ait pas retenu ces témoignages qui, à notre avis et selon la doctrine plus haut exposée, exonéraient le notaire Dorion de toute responsabilité ?

C'est que Madame la juge L'Heureux-Dubé, qui a rédigé l'arrêt de cette cour, tout en admettant que Me Dorion avait suivi dans ce dossier la pratique notariale courante, a considéré que celle-ci n'était pas raisonnable dans le cas sous étude, s'inspirant en cela de théories et d'exemples ayant trait à la responsabilité médicale ou hospitalière. À ce dernier propos, nous avons écrit ailleurs ce qui suit[24] :

> Cette inspiration n'est pas nécessairement heureuse. Il s'agit là en effet d'un domaine où, contrairement à celui de l'exercice de notre profession, les usages professionnels peuvent mettre la vie humaine en danger.
>
> La Cour suprême a donc conclu que la conduite du notaire Dorion, malgré que ce dernier ait suivi en l'espèce la pratique générale de ses pairs, n'avait pas été celle d'un praticien raisonnable placé dans les mêmes circonstances. Cela nous semble pour le moins contradictoire.

---

24 Y. DESJARDINS, *loc. cit.*, note 2, 289.

Cette position de la Cour suprême a d'ailleurs paru si exceptionnelle et tellement hors norme que, très peu de temps après, dans l'arrêt *Sasseville* c. *Bonneville*[25], la Cour d'appel du Québec, sous la plume du juge McCarthy, a cru utile de revenir sur cette position. Comme s'il voulait en démontrer l'apparente contradiction, le juge McCarthy émettait le commentaire suivant[26] : « Je crois, toutefois, qu'il faut probablement convenir que le notaire qui *ne suit pas* la pratique professionnelle courante *n'échappe pas* à sa responsabilité. »

Me Paul-Yvan Marquis, le spécialiste de la responsabilité notariale au Québec, fait écho à cette contradiction comme suit[27] :

> Le notaire semblerait confronté [...] à une sorte de dilemme : s'il se conforme à la pratique notariale courante [...], il n'est aucunement certain [...] d'adopter une conduite raisonnable. Si, par contre, il ignore cette pratique, il serait encore également susceptible d'encourir une responsabilité.

Quant aux théories sur la responsabilité médicale qui avaient inspiré Madame la juge L'Heureux-Dubé dans l'*affaire Dorion*, elles semblent être tombées en déshérence, si l'on peut s'exprimer ainsi. En effet, depuis cette affaire, la Cour suprême s'est prononcée au moins deux fois sur une question de responsabilité médicale, la première fois dans l'arrêt *Ter Neuzen* c. *Korn*[28], la seconde dans l'arrêt *St-Jean* c. *Mercier*[29]. À ces deux occasions, il a été jugé que la conduite du médecin ou chirurgien impliqué devait être évaluée par rapport à celle des autres personnes exerçant la même profession ou la même spécialité et possédant un degré raisonnable de science, de compétence et d'habileté, c'est-à-dire conformément au critère établi depuis longtemps par la doctrine et la jurisprudence. Les notaires du Québec n'en demandent pas moins. Et, fait à noter, lors de chacun de ces deux jugements, Madame la juge L'Heureux-Dubé faisait partie du banc de la Cour suprême et n'a, sur ce point, ni inscrit sa dissidence ni fait aucun commentaire.

---

25 [1991] R.R.A. 423 (C.A.).

26 *Id.*, 425. Le juge lui-même a pris soin de mettre les mots clefs en italique.

27 P.-Y. MARQUIS, *op. cit.*, note 16, nº 136.

28 [1995] 3 R.C.S. 674.

29 [2002] 1 R.C.S. 491.

Mais quelle était donc cette erreur de droit si grave qu'avait soi-disant commise M[e] Dorion pour le conduire jusqu'à notre plus haute cour de justice ?

En bref, cette erreur consistait à croire qu'un jugement de dation en paiement fondé sur une clause à cet effet contenue à l'époque dans un acte d'hypothèque consenti par une personne autre que le propriétaire, donc un acte nul, ne pouvait conférer au créancier un droit de propriété bon et valable[30]. Selon la Cour suprême, si ce raisonnement était juste dans la majorité des cas, il ne l'était pas dans celui-ci, car le jugement de dation en paiement en question[31] avait acquis force de chose jugée. L'erreur de droit du notaire Dorion consistait donc, toujours d'après la Cour suprême, à ne pas avoir tenu compte de ce principe de l'autorité de la chose jugée, commettant ainsi une faute pour elle impardonnable entraînant sa responsabilité pour les dommages en découlant.

Cependant, selon nous, il est loin d'être certain que le jugement en question avait force de chose jugée et ce, pour différents motifs, que nous avons énoncés dans notre article plus haut cité[32], entre autres par suite de l'incompétence *ratione materiae* de la cour qui l'avait prononcé. Comme le débiteur était failli, nous avions souligné à ce propos l'étude du professeur Boudreault[33], à laquelle nous ajoutons aujourd'hui ce qu'écrit sur le même sujet le professeur Deslauriers[34] :

---

30 Il faut ici comprendre que tous les faits de l'*affaire Dorion* ont eu lieu alors que le *Code civil du Bas-Canada* était en vigueur. L'essentiel du résumé ci-après est tiré de notre article : voir Y. DESJARDINS, *loc. cit.*, note 2, 284 et 285. En 1980, la Caisse Populaire St-François d'Assise a obtenu un jugement par défaut donnant effet rétroactif à une clause de dation en paiement contenue dans un acte d'hypothèque consenti en 1977 par un dénommé Paul Leclerc, alors que l'immeuble appartenait à ce moment à Paul Leclerc Inc. Bien pire, cette compagnie était en faillite lors de l'action en dation en paiement et jamais le syndic à cette faillite n'y avait, comme tel, été mis en cause ni même n'en avait reçu signification.

31 Rendu *par défaut* par G. Grenier, protonotaire spécial, C.S. Québec, n[o] 200-05-001357-200, 17 juillet 1980.

32 Y. DESJARDINS, *loc. cit.*, note 2, 285-294.

33 Marc BOUDREAULT, « Analyse des articles 1040A et suivants du Code civil », (1982-83) 85 *R. du N.* 131, 149.

34 Jacques DESLAURIERS, *La faillite et l'insolvabilité au Québec*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 2004, p. 551. Les soulignés sont de nous.

La Cour supérieure siégeant en matière de faillite [...] a alors compétence exclusive dans tout litige concernant les biens de l'actif et les relations entre le syndic ou le débiteur à l'égard des créanciers. Ainsi, la Cour de faillite déterminera [...] la validité des sûretés que prétendent détenir les créanciers garantis. En effet selon la validité ou la nullité de la garantie, les droits des créanciers ordinaires peuvent être affectés.

Or, faut-il le rappeler, le jugement litigieux de dation en paiement avait été rendu par défaut en faveur de la créancière hypothécaire, Caisse Populaire St-François d'Assise (détenant une sûreté nulle), par un protonotaire de la Cour supérieure de juridiction civile et non pas par le registraire de la Cour de faillite. À notre avis, ces faits seuls suffisaient pour nier à ce jugement tout caractère d'autorité de chose jugée, et il nous paraît inconcevable que la Cour suprême n'ait pas vu ce problème pourtant évident[35].

De toute façon, si par hypothèse Me Dorion avait commis une erreur de droit – ce qui n'est pas –, il faut tout de même convenir que celle-ci n'aurait pas été lourde ou grossière ; elle n'aurait donc pas constitué nécessairement une faute.

Dans son mémoire à la Cour suprême, l'appelant avait invoqué avec beaucoup de justesse que l'erreur de droit est une composante quasi inévitable de la profession juridique[36] :

---

35 Voir sur le sujet : *Trust Général du Canada* c. *Lacroix, Lapointe et Associés*, J.E. 1981-418 (C.S.) ; *In re St-Jean : St-Jean* c. *Rainville*, J.E. 1986-1166 (C.A.) ; *In re Conserverie Girard et Beaudin Inc. : Moquin, Ménard, Giroux, Du Temple Inc.* c. *Bellavance et Banque Royale du Canada*, [1991] R.J.Q. 2906, 2916 (C.S.).

36 Mémoire de l'appelant, p. 9 et 10.

> Bien que le procédé eût été fort malhabile de sa part, l'appelant aurait cependant pu ajouter que Madame la juge L'Heureux-Dubé, elle-même, du temps qu'elle siégeait à la Cour supérieure, avait commis une erreur de droit dont les conséquences auraient pu être énormes, en jugeant, dans l'affaire *Le Procureur général de la province de Québec* c. *Healey*, [1979] C.S. 286, que la réserve des trois chaînes, pour les terrains concédés entre 1884 et 1919, ne conférait pas à la Couronne un droit de propriété rétroactif. Cette affaire, autrement plus importante que l'opinion sur titre de Me Dorion, avait fait la une de tous les grands quotidiens du Québec. Heureusement que ce jugement fut renversé par un banc unanime de cinq juges en Cour d'appel, [1983] C.A. 573, et que ce dernier arrêt fut maintenu par la Cour suprême, [1987] 1 R.C.S. 158 ! Heureusement aussi que nos juges, au contraire des notaires, ne sont pas imputables pour leurs erreurs de droit !

On pourra lire aussi l'arrêt récent de la Cour d'appel dans *Thibault* c. *Paradis*, J.E. 2006-1530, dans lequel le juge Pelletier tient des propos quelque peu acerbes sur l'erreur de droit commise par le magistrat de première instance.

> Le domaine du droit ne ressortit pas à celui des sciences exactes. Quotidiennement, des avocates et des avocats soutiennent des thèses contraires, des jugements sont infirmés et des juges de juridiction collégiale concluent différemment sur les questions soumises. La divergence est nécessaire à l'évolution et à la liberté du droit. Le conseiller juridique, qu'il soit avocat ou notaire, a besoin de l'indépendance et de la liberté nécessaires pour conseiller ses clients. Commettrait-il une erreur que cela ne signifierait pas automatiquement qu'il a commis une faute.

Quoi qu'il en soit, ce n'est plus là l'essence de notre propos. Tout ce qu'il nous importe maintenant, c'est de constater que, dans l'ensemble, la jurisprudence n'a pas vraiment changé depuis l'*affaire Dorion* quant à l'appréciation d'une erreur de droit commise par un notaire en tant que conseiller juridique. Malgré que certaines décisions aient confondu l'obligation de moyens et l'obligation de résultat du notaire[37], il reste que celui-ci a généralement bénéficié de la norme jurisprudentielle et doctrinale requérant de lui une compétence ordinaire, ce dernier n'étant comptable « de ses erreurs de conseil que dans la mesure où un notaire raisonnablement informé, prudent et diligent ne les aurait pas commises »[38].

Pour les besoins de la cause, nous avons relevé dans les rapports judiciaires de ces dernières années, et regroupé pour en faciliter la compréhension, un éventail d'erreurs de droit commises par des notaires agissant comme conseillers juridiques. Dans tous ces cas sans exception, les tribunaux ne nous ont pas paru trop sévères, ou plus sévères qu'avant l'*affaire Dorion*, et les erreurs de droit des notaires étaient vraiment, sauf peut-être un cas, de la nature de celles que n'aurait pas commises un notaire raisonnablement prudent et informé.

On ne sera pas surpris de constater que sur les dix erreurs de droit retenues ici, cinq, soit la moitié, touchent presque exclusivement le droit civil, sans conteste le domaine le plus fréquenté de la pratique notariale ; trois concernent le zonage agricole ; enfin, deux autres portent respectivement

---

37 Yvan DESJARDINS, « Le notaire et l'obligation de résultat », (2000) 102 *R. du N.* 433. Voir aussi : *X* c. *Fiducie Desjardins Inc.*, [2003] R.R.A. 1175 (C.A.), où la juge Louise Mailhot est intervenue à bon escient pour corriger une décision de première instance qui avait qualifié d'obligation de résultat une simple obligation de diligence du notaire.

38 J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 13, p. 1100.

sur le droit municipal et sur une question relevant de la *Loi sur la régie du logement*[39].

1. Droit civil

- Dans l'arrêt *X* c. *Banque Nationale du Canada*[40], la Cour d'appel a condamné un notaire qui avait jugé suffisante une procuration pour la signature d'un cautionnement hypothécaire par le mandataire. Or, nulle part dans la procuration n'apparaissaient les mots « cautionner » ou « cautionnement » ni le pouvoir d'aliéner à titre gratuit. Après avoir expliqué que la procuration n'autorisait pas le mandataire à faire des libéralités, le juge Beauregard, rédigeant le jugement pour la Cour, écrit avec raison[41] : « [...] lorsqu'un cautionnement est fourni sans contrepartie, il s'agit essentiellement d'une libéralité ». À notre avis, l'erreur de droit du confrère impliqué était lourde. Tous les juristes connaissent ou doivent connaître les articles 1703 et 1704 du *Code civil du Bas-Canada* (aujourd'hui remplacés par l'article 2135 C.c.Q.), lesquels s'appliquaient à cette situation.

- Dans la décision *Pash* c. *Succession Pétrin*[42], il s'agit d'un cas où le notaire a été trouvé responsable de n'avoir pas décelé une erreur dans un examen de titres tout simplement parce que, contrairement à l'enseignement que reçoivent les candidats à la profession, il n'avait pas « contrôlé toutes et chacune des désignations contenues aux actes d'aliénation sur partie de lot enregistrés antérieurement à celui transférant la propriété sous étude », ainsi que le recommande Me Jean Gagnon, cité par le juge dans cette décision[43]. Donc erreur de droit, ou de méthode tout au moins.

- Dans l'affaire *Wilfrid Noël & Fils Ltée* c. *X*[44], le notaire impliqué avait inscrit une hypothèque contre le mauvais lot. S'apercevant de son erreur

---

39 L.R.Q., c. R-8.1.

40 [1991] R.D.I. 342 (C.A.).

41 *Id.*, 345.

42 [1996] R.R.A. 1041 (C.S.).

43 Jean GAGNON, *L'examen des titres immobiliers*, Sherbrooke, Éditions Quid Juris, 1987, p. 86.

44 [1997] R.R.A. 894 (C.Q.).

plusieurs mois plus tard, il avait voulu la corriger au moyen d'un simple avis cadastral, ce qu'avait évidemment refusé à l'époque l'officier de la publicité. En ce faisant le notaire commettait une erreur de droit qui s'est avérée grave par ses conséquences, vu la faillite du débiteur entre-temps.

- Dans l'arrêt *Dostie* c. *Sabourin*[45], la Cour d'appel a semoncé un notaire qui, connaissant l'existence d'une clause de non-concurrence liant ses clients, a néanmoins conseillé ces derniers sur la façon de la contourner, mais ses conseils se sont avérés erronés en droit. Le juge Dussault, qui a rédigé le jugement majoritaire du tribunal, écrit[46] :

> Tous les jours, des juristes conseillent leurs clients sur les gestes à poser face à une situation donnée [...] Le juriste ne sera en faute [...] que s'il connaissait, ou ne pouvait pas raisonnablement ignorer, l'illégalité du geste qu'il conseillait à son client de poser.

- L'affaire *Gravelle* c. *X*[47] concerne des faits qui se sont tous déroulés avant 1994, donc sous le *Code civil du Bas-Canada*. La Cour d'appel, sous la plume de la juge Pierrette Rayle, y blâme un notaire pour une erreur de droit que même un étudiant au D.D.N. n'aurait pas commise, à notre avis du moins. Elle s'exprime comme suit[48] :

> Le notaire qui reçoit et fait publier un acte de dation en paiement volontaire, trente-trois jours après la signification d'un avis de soixante jours, sans procéder à un examen de titres qui lui aurait permis de constater l'inscription, dans l'intervalle, d'une hypothèque légale en faveur d'un tiers, commet-il une simple erreur ? [...] La réception d'un acte de dation en paiement volontaire avant l'expiration du délai prescrit par l'article 1040 a C.C. n'est pas en soi fautive [...] puisqu'un tel acte n'est pas invalide. [Le notaire] devait savoir qu'un tel acte, bien que translatif du droit de propriété, est sans effet rétroactif.

---

45 [2000] R.J.Q. 1026 (C.A.).

46 *Id.*, 1033.

47 [2004] R.R.A. 46 (C.A.).

48 *Id.*, 47 et 49.

2. Droit municipal

Tels que rapportés dans *2434-5084 Québec Inc.* c. *X*[49], les faits de cette cause ne sont pas banals et peuvent survenir dans d'autres cas semblables.

Comme l'index des immeubles mentionnait une saisie par une municipalité pour des taxes impayées par un individu ainsi qu'un avis de vente par le shérif, le notaire au dossier en conclut qu'il s'agissait là d'une vente en justice ordinaire sur saisie-exécution, conformément au *Code de procédure civile*, et non de la vente usuelle pour taxes en vertu de la *Loi sur les cités et villes*[50], ce qui était parfaitement exact. Ce que le notaire ignorait – et, selon nous, plusieurs confrères l'ignorent aussi – c'est que l'article 509 de ladite loi énonce qu'une vente faite par le shérif sur saisie-exécution, lorsqu'elle a lieu pour satisfaire des taxes impayées, est <u>sujette au retrait</u> de la même manière et dans le même délai qu'une vente pour taxes faite par le greffier selon la formule usuelle.

Or, le notaire avait procédé à la cession de l'immeuble par l'adjudicataire à une tierce personne ; l'ancien propriétaire saisi exerça le retrait avant l'expiration du délai de celui-ci, ce qui eût pour effet d'annuler le titre de l'adjudicataire et, par conséquent, de son cessionnaire.

Évidemment, il s'agissait là d'une erreur de droit commise de bonne foi, mais d'une erreur de droit tout de même, dont le notaire fut tenu responsable.

3. Régie du logement

Dans l'affaire *X* c. *Lévesque*[51], il s'agissait d'un important financement que devait faire la Caisse de dépôt et qui concernait un complexe immobilier d'une certaine ampleur.

Le certificat de localisation mentionnait la présence d'un stationnement commun entre ledit complexe et la propriété voisine. L'arpenteur-géomètre, témoignant en première instance, avait expliqué qu'il avait

49 [1997] R.R.A. 749 (C.S.).

50 L.R.Q., c. C-19.

51 [1997] R.R.A. 11 (C.A.).

justement mis cette mention pour attirer l'attention du notaire sur la possible existence d'un ensemble immobilier.

Quant au notaire, il n'avait, selon son témoignage, jamais entendu cette expression « ensemble immobilier », mais il avait tout de même inscrit dans le contrat de vente la déclaration du vendeur ci-après reproduite mot à mot, probablement copiée d'un acte quelconque et dont il ne pouvait expliquer la signification – et pour cause – savoir : « Que ledit immeuble n'est pas situé dans une zone de logement (*sic*) telle que définie aux articles 45 à 50 incl. de la loi instituant la Régie du Logement (Loi 107). »

Comme il n'avait jamais éclairci la situation à l'effet que les immeubles concernés ne faisaient pas partie d'un ensemble immobilier, ce qui fit avorter le projet de financement de la Caisse de dépôt, le notaire fut condamné aux dommages pour son erreur de droit fautive.

Rédigeant le jugement de la Cour d'appel, Madame la juge Louise Otis n'est pas particulièrement tendre pour ce notaire quelque peu ignorant, avouons-le, et elle écrit notamment[52] :

> En l'espèce, le notaire, à titre de conseiller professionnel, avait l'obligation de remplir son mandat[53] de manière prudente, diligente et éclairée. Il ne pouvait dans la préparation du contrat de vente initial ainsi que dans celle des projets de contrats de vente et des rapports sur les titres laisser subsister des irrégularités et des antinomies susceptibles d'affecter l'efficacité des titres et d'engendrer l'ambiguïté que, précisément, le notaire est habituellement chargé de dissiper.

---

52 *Id.*, 16.

53 Comme plusieurs de ses collègues et d'autres juristes ou institutions prêteuses, Madame la juge Otis emploie malheureusement un terme qui n'a pas sa place ici : le mot « mandat ». L'impropriété de ce terme est manifeste lorsqu'il désigne en fait les rapports notaire-client. Le notaire n'agit pas alors comme mandataire de son client mais comme celui qui, contre rémunération, lui rend des services professionnels, tels que lui prodiguer des conseils juridiques ou accomplir pour son bénéfice une tâche notariale spécifique : acte de vente, acte d'hypothèque, testament, etc. Cela n'a rien à voir avec le mandat prévu aux articles 2130 et suiv. C.c.Q. mais relève du contrat de service régi par les articles 2098 et suiv. C.c.Q. Les expressions « instructions du client », « travail confié au notaire » ou « services requis du notaire » conviendraient sans doute beaucoup mieux que le mot « mandat » dans la majorité de ces cas.

4. Zonage agricole

Qu'on nous permette d'abord ici une digression. Nous souhaiterions que les jugements ci-après rapportés, surtout les deux premiers, suscitent chez nos confrères le réflexe de ne pas s'impliquer dans des dossiers qui ne sont pas de leur compétence habituelle. Ainsi, les notaires dont la pratique usuelle a trait à des immeubles situés dans les grands centres ne devraient pas instrumenter pour des terrains situés en zone agricole, et vice-versa. La pratique notariale devient tellement complexe et spécialisée que le notaire n'a pas à s'aventurer dans un dossier qui fait appel à des notions peu familières pour lui, sauf évidemment après consultation ou, préférablement, avec la collaboration de confrères ou autres juristes experts en la matière. Nous avons vu plus haut l'exemple d'un notaire qui s'est empêtré dans une affaire d'ensemble immobilier ; nous en verrons maintenant dans des cas de zonage agricole. L'expérience atteste qu'il ne faut jamais forcer son talent ; cela vaut non seulement en littérature mais dans tout le reste, et surtout en droit. Il n'y a pas de honte mais bien conscience professionnelle à référer un dossier à un confrère plus connaissant ou expérimenté que soi en certains domaines.

- Dans la décision *St-Amour* c. *X*[54], le notaire est chargé de recevoir une vente de terrain par un agriculteur à une personne qui n'exerce pas cette occupation, sujette à ce que le vendeur accorde à l'acquéreur une servitude de passage sur le résidu de sa propriété zonée agricole. Le notaire informe alors les parties que la servitude ne peut être consentie sans l'autorisation de la Commission de protection du territoire agricole du Québec (C.P.T.A.Q.), laquelle refuse son autorisation.

  Quelques mois plus tard, le notaire note un article paru dans les Cahiers de la Chambre des notaires, dont trois lignes seulement le frappent : « Enfin, il n'est plus nécessaire d'obtenir l'autorisation de la C.P.T.A.Q. pour consentir une servitude. » Se fondant sur ce seul extrait, et sans autre recherche ni consultation, il révise sa position vis-à-vis les parties et procède à la vente et à la servitude de passage demandées.

  Ce faisant, il commet une erreur de droit, car si la loi avait bien été amendée pour permettre une servitude, c'était seulement pour une

54 [1994] R.R.A. 738 (C.S.).

servitude de passage à des fins agricoles, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence. D'où faute et responsabilité du notaire.

- Les faits rapportés dans la décision *Duchesne* c. *Bouchard*[55] sont aussi incriminants pour le notaire concerné, du moins à première vue.

  En résumé, deux personnes obtiennent de la municipalité un permis de construction d'une résidence sur le terrain qu'ils ont convenu d'acheter. Le notaire rédige alors l'acte de vente, lequel contient une clause stipulant que le terrain vendu, bien que non exclu de l'aire retenue pour fins de contrôle de la protection agricole, était déjà utilisé à des fins autres qu'agricoles lorsque la loi ci-après est devenue applicable, et que le vendeur peut donc se prévaloir des droits acquis prévus à la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*[56].

  Les acheteurs commencent immédiatement la construction de leur résidence, mais un inspecteur municipal demande qu'ils obtiennent une déclaration de droits acquis en vertu de l'article 32 de ladite loi. La C.P.T.A.Q. refuse de reconnaître que les acheteurs ont des droits acquis et les somment d'arrêter les travaux.

  L'erreur de droit du notaire a été de croire que le permis municipal de construction impliquait nécessairement la reconnaissance de droits acquis par la C.P.T.A.Q., ce qui est faux.

- La dernière affaire retenue, *Roger* c. *Commission de protection du territoire agricole du Québec*[57], a reçu récemment les commentaires du professeur Jacques Auger dans la *Revue du notariat*[58].

  Si on résume brièvement le cas, l'erreur de droit commise par le premier notaire au dossier est fondamentalement une erreur de droit civil, celle de dissocier le droit de propriété transmis à l'héritier unique de sa qualité de liquidateur de la succession, dans le but évident de faire échec aux articles 29 et 30 de la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles* plus haut citée.

---

55 [1998] R.R.A. 161 (C.S.).

56 L.R.Q., c. P-41.1.

57 J.E. 2004-2123 (C.S.).

58 Jacques AUGER, « Immobilier », (2005) 107 *R. du N.* 123, 142.

Roger est liquidateur et, comme tel, détient la saisine des biens de la succession de son épouse, dont il est le seul héritier. Un lot fait partie de la succession et un autre appartient à Roger personnellement. Ces deux lots sont contigus et situés en zone agricole. À titre de liquidateur de la succession, Roger vend le lot provenant de celle-ci. L'acte de vente notarié contient la clause suivante : « Le vendeur déclare que l'immeuble présentement vendu est situé en zone agricole et le vendeur ne conserve aucun droit d'aliénation sur un lot contigu au sens de ladite Loi ; en conséquence, la présente vente ne constitue pas une dérogation à l'article 29 de ladite Loi. »

Cette déclaration contient une erreur de droit manifeste, découverte par un autre notaire quand Roger a voulu vendre l'autre lot contigu qui lui appartenait personnellement. Pour ce notaire, mieux avisé, la première vente par Roger, en sa qualité de liquidateur de la succession de son épouse, était annulable à moins d'être autorisée par la C.P.T.A.Q., parce que Roger, le vendeur, avait conservé un droit d'aliénation sur un lot contigu. Quant à Roger, il prétendait que le vendeur n'était pas lui personnellement mais plutôt la succession de son épouse qu'il ne faisait que représenter à titre de liquidateur.

Saisie de la question, la Cour supérieure rejeta sans hésiter les prétentions de Roger et rappela que si le liquidateur a la saisine des biens du défunt, le droit de propriété, lui, passe à ses héritiers dès l'instant du décès, ce qu'énonce d'ailleurs la maxime « le mort saisit le vif ». Le propriétaire au moment de la première vente était donc Roger, l'héritier unique, et il avait conservé un droit d'aliénation sur un lot contigu, contrairement à sa déclaration dans l'acte de vente et en contravention de l'article 29 de ladite loi. Il fallait donc obtenir l'autorisation de la C.P.T.A.Q.[59]

Conclusion

Quelle conclusion devons-nous maintenant tirer au terme de cette trop longue étude ?

---

59 Dans cette affaire, Roger était l'unique héritier de son épouse. Le jugement aurait-il été le même si le liquidateur Roger avait vendu l'immeuble de la succession de son épouse, alors que celle-ci aurait laissé, outre son mari, d'autres héritiers ? Il nous est permis d'en douter.

Tout d'abord, nous devons dire que, l'*affaire Dorion* ne le prohibant nullement, il faut réintégrer de toute urgence le notaire dans le prétoire à titre de témoin expert, bien évidemment lorsque son témoignage portera sur une question de droit de sa compétence reconnue, afin d'éclairer le juge sur le sens des faits et les conséquences à en tirer, surtout quand la responsabilité d'un confrère peut être en jeu.

Il importe ensuite de souligner que cet arrêt de la Cour suprême, rédigé par Madame la juge L'Heureux-Dubé, fut sur le reste non seulement d'une excessive sévérité – du moins tel parut-il au départ –, mais que par suite des nombreuses critiques qu'il suscita, il perdit de son importance première jusqu'à être lui-même considéré comme une grave erreur à l'endroit d'un notaire et de toute la profession notariale.

Il ne nous reste plus, enfin, qu'à paraphraser Saint-Exupéry et à souhaiter que cette malheureuse erreur d'hier s'estompe complètement et finisse par nourrir la vérité de demain, tout en sachant qu'en matière d'exercice d'une profession juridique, comme nous l'avons d'ailleurs évoqué, cette vérité ne pourra jamais être toujours exempte d'erreur.

LA *RÉSERVE NATURELLE RECONNUE* ET L'EFFET DE L'ONCTION ÉTATIQUE SUR LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

François FRENETTE*

* LL.D., notaire à Québec, directeur de la Revue du notariat.

INTRODUCTION

La *réserve naturelle reconnue* est une institution récemment introduite au corpus législatif québécois qui, par son but et par le résultat qui en est escompté, s'inscrit dans la mouvance de cette préoccupation sans cesse croissante d'une bonne partie de l'humanité pour la sauvegarde de la biodiversité de la planète Terre.

Ajoutée il y a peu de temps encore[1] à la panoplie relativement restreinte des outils déjà disponibles en droit pour assurer la conservation de milieux naturels privés, l'institution demeure méconnue, voire boudée. Il est vrai qu'elle est le résultat d'un compromis entre le ministère de l'Environnement et les organismes non gouvernementaux de conservation (ci-après ONGC) qui n'a pas eu l'heur de plaire à ces derniers. Il est également vrai que la promotion gouvernementale de ce nouvel instrument de la protection de la biodiversité sur les terres du domaine privé a été plutôt discrète ; les énergies et les ressources disponibles étant plutôt consacrées à la conversion, tardive faut-il dire, de portions du territoire du domaine de l'État en aires protégées.

Victime involontaire d'un contexte inutilement défavorable, la *réserve naturelle reconnue* mérite d'être appréciée à sa juste valeur. Cette valeur n'est pas moindre que celle rattachée aux autres moyens de conservation volontaire connus des propriétaires de biens-fonds. Pour être à même de juger de son mérite, il faut d'abord de jeter un peu de lumière sur des origines de la *réserve naturelle reconnue* (I), sur la mécanique de sa mise en place (II) et, enfin, sur la nature du lien de droit qui en résulte (III). Tel est au demeurant notre propos, qui se veut modeste.

I. UN MOT SUR LA GENÈSE DE LA RÉSERVE NATURELLE

Au Québec, les ONGC ont toujours été à l'avant-garde de ce qui s'est fait en matière de conservation, de protection et d'aménagement de sites sur terres privées dont la biodiversité était digne d'intérêt pour la collectivité. Agissant sous la forme habituelle d'associations personnifiées constituées par lettres patentes émises en vertu de la 3e partie de la Loi sur les

---

1 Juin 2001.

compagnies du Québec ou de la loi canadienne au même effet[2], ces ONGC ont surtout eu recours à l'acquisition des immeubles pour les mettre définitivement à l'abri d'un développement excessif[3]. Le procédé et les avantages fiscaux pouvant y être associés[4] ne permettaient toutefois pas, même en incluant à l'occasion les autres moyens offerts par le Code civil du Québec et le droit statutaire[5], de faire des progrès significatifs en matière de sauvegarde d'aires naturelles en milieu privé au Québec, à tout le moins en comparaison avec les résultats obtenus ailleurs au Canada et aux États-Unis[6]. Un nouvel outil capable à la fois de servir d'alternative à l'acquisition et de favoriser davantage les actions de conservation volontaire a donc été recherché à partir du début des années 1990 par les ONGC et le ministère de l'Environnement.

L'outil en question, inspiré d'un document de travail produit par le Centre québécois du droit de l'environnement en septembre 1995[7], a vu le jour sous l'aspect d'une « servitude de conservation ». Copiée un tant soit peu sur le *Conservation Easement* en vogue aux États-Unis et dans les provinces du Canada, cette « servitude » se voulait un démembrement perpétuel de la propriété au profit d'un ONGC jouissant d'un droit à la conservation et à l'aménagement d'un immeuble, par ailleurs toujours occupé par un propriétaire ayant renoncé à la poursuite d'activités préjudiciables à la sauvegarde et à la mise en valeur éclairée de son bien.

Le ministère de l'Environnement a, de concert avec le ministère de la Justice et après consultation d'un expert, refusé en 1999 de donner suite à

---

2 Même lorsqu'ils se font connaître sous l'appellation d'une fiducie (par exemple, Fiducie foncière du mont Pinacle) ou d'une fondation (par exemple, Fondation pour la conservation du mont Yamaska).

3 La mise à l'abri n'est pas définitive quand les ONGC concluent avec les propriétaires fonciers des ententes de conservation sous forme de bail, de déclaration d'intention, de gestion, d'aménagement et de mise en valeur, lesquelles ententes sont les plus fréquentes.

4 Crédit d'impôt pour les dons d'immeubles consentis à des ONGC possédant le statut d'organisme de charité et exemption de taxes foncières pour les ONGC.

5 Les démembrements et les modalités de la propriété ainsi que la fiducie pour le *Code civil du Québec* et les refuges fauniques sur terrain privé pour le droit statutaire (*Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.R.C., c. C-61.1, art. 122).

6 Voir à titre indicatif : Rémi MOREAU, *La protection du milieu naturel par les fiducies foncières*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1995, p. 13 et 14.

7 Qui avait pour titre : « Vers une nouvelle servitude de conservation ».

une demande de projet de loi visant à introduire au Québec pareille « servitude de conservation », demande formulée par les ONGC. Les raisons plutôt évidentes[8] d'un tel refus n'ont pas à être abordées en détail dans le cadre du présent texte. Nonobstant ce refus, indûment reçu comme un camouflet par les ONGC, le ministère de l'Environnement n'était pas pour autant insensible à l'importance et à la nécessité de fournir à ces derniers des moyens aptes à faciliter et à reconnaître la valeur de leurs interventions en matière de conservation volontaire en milieu naturel privé. Le ministère avait de plus intérêt à s'adjoindre le concours des ONGC pour que ces derniers obtiennent sur les terres du domaine privé des résultats sans cesse croissant en matière de conservation volontaire qui s'ajouteraient à l'augmentation projetée des superficies en aires protégées sur les terres du domaine de l'État. Et c'est alors et ainsi que fut proposée[9] la formule d'une *réserve naturelle reconnue* qui offrait quelque ressemblance avec une réserve du même genre prévue aux articles 242-1 et suivants du Code rural français. La *Loi sur les réserves naturelles en milieu privé*[10], sanctionnée le 17 juin 2001, a donné un cadre définitif à la formule retenue. Les articles 1 à 12 de cette Loi sont par ailleurs devenus les articles 54 à 65 de la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*[11] (ci-après la *Loi*) sanctionnée le 19 décembre 2002, qui chapeaute à la fois les initiatives du gouvernement en matière de protection des milieux naturels sur les terres du domaine de l'État[12] et celles du secteur privé sur les terres du domaine privé.

Voyons dans un premier temps comment s'opère la conversion d'une propriété privée en *réserve naturelle reconnue* pour examiner ensuite, dans un deuxième temps, comment l'état de droit créé par cette conversion

---

8 Perpétuité d'un démembrement de la propriété au profit d'une personne morale et confusion entre la gestion de l'immeuble et la distraction d'un attribut de la propriété de cet immeuble.

9 La proposition écrite fut formulée par l'expert consulté par le ministère de l'Environnement, lequel expert avait suivi une piste évoquée par deux juristes du ministère de la Justice.

10 L.Q. 2001, c. 14, entrée en vigueur à la date de la sanction (L.R.Q., c. 26.2).

11 L.Q. 2002, c. 74, entrée en vigueur à la date de la sanction. (L.R.Q., c. 61.01, ci-après « la *Loi* » dans les notes de bas de page).

12 Les terres du domaine de l'État occupent 90 % du territoire québécois. En 2002, le gouvernement de l'époque souhaitait respecter un engagement antérieur et faire passer, avant la fin de 2005, de 2,9 % à 8 % la superficie du territoire du Québec assujettie au régime d'une aire protégée. Le but ne fut pas atteint.

se distingue des manières d'être de la propriété prévues au Code civil du Québec[13].

II. Un mot sur la reconnaissance d'une propriété comme réserve naturelle

La réserve naturelle est le fruit d'une reconnaissance par l'autorité publique, en la personne du ministre de l'Environnement (ci-après le Ministre)[14], du schéma de conservation élaboré par un propriétaire foncier désireux d'assurer la sauvegarde de traits saillants de son héritage « sur le plan biologique, écologique, faunique, floristique, géologique, géomorphologique ou paysager »[15].

C'est dire que le propriétaire foncier conscient des caractéristiques particulières de son bien- fonds et soucieux de son maintien en état par delà les aléas de la transmissibilité ou d'un changement d'humeur, doit d'abord formuler une demande de reconnaissance de ce bien-fonds comme réserve naturelle. Cette demande adressée au Ministre et dont le détail est contenu à l'article 55 de la *Loi* correspond, *grosso modo*, au plan de conservation et au régime des activités prévus dans le cas de la constitution d'une aire protégée[16]. Sur étude et approbation de la demande, le Ministre conclut une entente avec le requérant ou approuve l'entente intervenue entre ce dernier et un ONGC[17], entente qui incorpore, avec ou sans modification, tous les

---

13 Sur ces deux points, nous reprenons une grande partie de nos propos dans : François FRENETTE, « La *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*, un simple aperçu des mesures de protection édictées et de leur impact sur la pratique notariale », (2005) 107 *R. du N.* 413.

14 Le ministre du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs exerce les fonctions du ministre de l'Environnement prévues à la loi (Décret 173-2005 du 9 mars 2005, (2005) 137 G.O. II, 1043).

15 Art. 54 de la *Loi* : « Toute propriété dont les caractéristiques sur le plan biologique, écologique, faunique, floristique, géologique, géomorphologique ou paysager présentent un intérêt qui justifie leur conservation peut, sur demande faite par son propriétaire dans les conditions établies ci-après, être reconnue comme réserve naturelle. »

Art. 2 de la *Loi* : « "réserve naturelle" : une propriété reconnue à ce titre en raison de l'intérêt que sa conservation présente sur le plan biologique, écologique, faunique, floristique, géologique, géomorphologique ou paysager ».

16 Voir les articles 33 à 36 de la *Loi*.

17 Art. 57 de la *Loi*.

éléments de la demande de reconnaissance, incluant sa durée, laquelle peut être perpétuelle[18]. La reconnaissance *in se* fait l'objet, d'une part, de la publication d'un avis à la *Gazette officielle du Québec* et dans un journal régional[19] et, d'autre part, de la délivrance au propriétaire d'un certificat attestant ladite reconnaissance et conférant le label « réserve naturelle reconnue »[20]. La reconnaissance prend effet à compter de la date de la publication de l'avis à la *Gazette officielle du Québec*[21].

C'est le Ministre lui-même qui requiert l'inscription de l'entente conclue ou approuvée au registre foncier et qui transmet un état certifié de cette inscription au propriétaire, à l'ONGC, le cas échéant, et aux autorités municipales locales et régionales ayant compétence sur le territoire duquel est situé l'immeuble[22]. Cette publication par inscription de l'entente au registre foncier lie tout acquéreur subséquent de la propriété[23], qui doit pour sa part transmettre au Ministre une copie de son titre dans les 30 jours de la date d'acquisition afin d'assurer la mise à jour du registre dont la tenue est prescrite par l'article 5 de la *Loi*[24].

L'entente afférente à la conservation de la propriété reconnue comme réserve naturelle peut être modifiée en tout temps avec l'accord ou, selon le cas, l'assentiment du Ministre quand les changements apportés ne sont pas contraires à la destination imprimée à l'héritage[25]. Ces changements sont sujets à publication au registre foncier et il incombe au Ministre d'y veiller et de transmettre à qui de droit un état certifié de l'inscription faite[26].

La reconnaissance de réserve naturelle attachée à une propriété se perd par l'arrivée du terme[27] prévu à la convention ou par décision du Ministre

---

18 Art. 54, al. 2 de la *Loi*.

19 Art. 58 de la *Loi*.

20 Art. 60 de la *Loi*.

21 Art. 58, al. 2 de la *Loi*. Il est à noter que cette prise d'effet est antérieure à la publication de l'entente au registre foncier en vertu du 2e alinéa de l'article 59 de la *Loi* et qu'elle pourrait possiblement durer nonobstant l'absence de publication de ladite entente.

22 Art. 59, al. 1 de la *Loi*.

23 Art. 59, al. 2 de la *Loi*.

24 Art. 59, al. 3 de la *Loi*.

25 Art. 61 de la *Loi*.

26 Art. 62 de la *Loi*.

27 Selon le 2e alinéa de l'article 54 de la *Loi*, le terme ne peut être inférieur à 25 ans.

de la retirer pour l'un des 4 motifs mentionnés à l'article 63 de la *Loi*[28]. Le pouvoir de ce faire du Ministre est on ne peut plus logique puisque la reconnaissance résulte d'un acte de l'autorité publique. Il nous apparaît toutefois déraisonnable de lui permettre d'invoquer au soutien de sa décision que le maintien de la reconnaissance peut entraîner, pour la collectivité, un préjudice plus grand que son retrait[29], d'une part, parce qu'il s'agit d'un élément d'appréciation qui n'avait pas à être pris en compte lors de la demande de reconnaissance et, d'autre part, parce que la collectivité (qui est-ce au juste ?) n'a jamais été partie à l'entente paraphée par le Ministre ou approuvée par lui. Il est à craindre que des groupes de pression obtiennent, par ce biais, le détournement de fonction d'un héritage dans leur propre intérêt plutôt que dans celui de la collectivité pour laquelle ils clament œuvrer.

Quoiqu'il en soit de nos craintes, il y a un appel possible auprès du Tribunal administratif du Québec de la décision du Ministre de retirer à une propriété la reconnaissance dont elle bénéficie à titre de réserve naturelle[30].

La perte de reconnaissance de la qualité de réserve naturelle oblige le Ministre à en informer le public par voie d'un avis dans la *Gazette officielle du Québec* et dans les journaux[31]. Il doit également obtenir la radiation des inscriptions au registre foncier et transmettre à qui de droit un avis de la radiation obtenue[32].

III. Un mot sur le statut juridique de l'héritage converti en réserve naturelle

Pour inciter les propriétaires fonciers à mettre l'épaule à la roue de la conservation volontaire, avec ou sans l'aide précieuse d'une ONGC, le législateur a suivi une voie à l'écart des mécanismes traditionnels du droit

---

28 1) Reconnaissance obtenue sur la foi de renseignements ou de documents inexacts ou incomplets ; 2) non respect des dispositions de l'entente ; 3) conservation des caractéristiques de la propriété ne présente plus d'intérêt ; 4) maintien de la reconnaissance emportant, pour la collectivité, un plus grand préjudice que son retrait.

29 Art. 63(4) de la *Loi*.

30 Art. 64 de la *Loi*.

31 Art. 65, al. 1 de la *Loi*.

32 Art. 65, al. 2 de la *Loi*.

patrimonial contenus au Code civil du Québec. Aussi faut-il distinguer, sur le plan juridique, la *réserve naturelle reconnue* des manières d'être de la propriété consacrées en loi.

Tout bon examen des rapports de ressemblance et de dissemblance entre une chose et une autre repose sur la connaissance préalable des éléments de la comparaison faite. Ceci étant, nous savons que le droit de propriété est « susceptible de modalités et de démembrements »[33]. Nous savons en quoi consiste une modalité[34] et un démembrement[35] de la propriété et nous savons quels sont les modalités et les démembrements de la propriété spécifiquement nommés par le législateur[36]. Bien que demeurant sur le terrain juridique de la propriété, nous ignorons toutefois l'effet précis de l'onction de la reconnaissance à titre de réserve naturelle sur le droit du propriétaire l'ayant sollicité. Il faut donc et d'abord en apprendre davantage sur ce point pour être à même de vraiment tirer profit d'un exercice comparatif.

La reconnaissance d'une propriété comme réserve naturelle ne doit pas être confondue avec l'entente préalable conclue avec le Ministre ou approuvée par lui lorsqu'elle intervient entre le propriétaire et un ONGC.

---

33 Art. 947, al. 2 C.c.Q.

34 « Les modalités de la propriété, c'est-à-dire [...] ses manières d'être, ses modifications qui ne l'amenuisent pas et n'infléchissent pas le droit de son titulaire à la qualité pleine et entière de propriétaire. En la matière, le faisceau des prérogatives du domaine reste toujours entier entre les mains d'une personne ayant droit légitime au titre de propriétaire. » François FRENETTE, « De la propriété superficiaire, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES DU QUÉBEC, *La réforme du Code civil*, t. I, Sainte-Foy, P.U.L., 1993, p. 671. Voir aussi : Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 94 ; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 505.

35 « Lorsque les manières d'être de la propriété l'amenuisent et que le faisceau de ses prérogatives inhérentes est rompu au profit de plusieurs personnes, il est plutôt question de démembrement de la propriété. » F. FRENETTE, *loc. cit.*, note 34, 671. Voir aussi : S. NORMAND, *op. cit.*, note 34, p. 95 ; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 34, p. 736.

36 Art. 1009 C.c.Q. : « Les principales modalités de la propriété sont la copropriété et la propriété superficiaire. » Art. 1119 C.c.Q. : « L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels. »

La reconnaissance visée par le texte des articles 54,58,60 et 63à 65 de la *Loi* s'analyse en un acte l'autorité publique confirmant qu'un immeuble donné relevant du domaine privé correspond à ce type d'espace physique digne de conservation en raison de ses caractéristiques particulières et qui a pour nom « réserve naturelle » par opposition au « milieu naturel »[37] et à l'« aire protégée »[38], à un titre ou l'autre[39], envisagés par la même *Loi*. Cette confirmation officielle de l'appartenance de cet espace, de cet immeuble à une catégorie de biens-fonds dont le législateur encourage la conservation révèle assez bien que l'opération dont il s'agit a trait à l'objet du droit de propriété en raison de certaines de ses caractéristiques et non pas au droit de propriété lui-même sur cet objet. **Conclusion :** la reconnaissance à titre de réserve naturelle est un acte de l'autorité publique situé sur un plan qui, en soi et par ses effets, écarte toute possibilité de rapprochement avec les modalités et les démembrements du droit de propriété réglementés au Code civil du Québec.

Considérons maintenant l'entente préalable à l'octroi de la reconnaissance à titre de réserve naturelle. Les éléments obligatoires de cette entente sont énumérés à l'article 57 de la *Loi* et coïncident avec les points de la demande de reconnaissance du propriétaire édictés à l'article 55 de la *Loi.* L'entente préalable et la demande de reconnaissance suivent l'un et l'autre, quant à leur contenu, le modèle du plan de conservation de l'article 33 de la *Loi* pour les aires protégées à l'un des 4 titres autorisés. Il suit que l'entente préalable de l'article 57 de la *Loi* n'est que le plan de conservation du propriétaire sollicitant la reconnaissance de son bien-fonds comme réserve naturelle, plan qui reçoit l'aval du Ministre. Et le contenu obligatoire de cette entente[40] ne permet en aucune façon d'y déceler une cession

---

37 Art. 13 de la *Loi*.

38 L'article 2 de la *Loi* définit l'aire protégée comme « un territoire, un milieu terrestre ou aquatique, géographiquement délimité, dont l'encadrement juridique et l'administration visent spécifiquement à assurer la protection et le maintien de la diversité biologique et des ressources naturelles et culturelles associées » .

39 L'article 2 de la *Loi* définit les quatre types d'aire protégée, soit le « paysage humanisé », la « réserve aquatique », la « réserve de biodiversité » et la « réserve écologique ».

40 1) Description de la propriété ; 2) caractère perpétuel de la reconnaissance ou sa durée ; 3) caractéristiques de la propriété dont la conservation présente un intérêt ; 4) conditions de gestion de la propriété et, le cas échéant, l'identification de l'ONGC qui agira comme gestionnaire ; 5) mesures de conservation ; 6) activités permises et prohibées ; 7) tout autre élément requis du gouvernement par règlement.

de droit quelconque de la part du propriétaire de la réserve naturelle pouvant fonder l'existence soit d'une copropriété indivise entre ce dernier et le Ministre ou l'ONGC, soit d'une propriété superficiaire au profit du Ministre ou de l'ONGC, soit enfin d'un droit réel de jouissance en faveur de l'un d'eux sous forme d'usage, d'usufruit ou d'emphytéose sur le fonds du propriétaire qui en recherche la qualification à titre de réserve naturelle. L'hypothèse de la servitude au sens de l'article 1177 du Code civil est au demeurant écartée faute d'indices au contenu obligatoire de l'entente préalable prescrivant le respect des exigences du Code afférents à ce type de démembrement de la propriété[41]. **Conclusion** : l'entente de l'article 57 de la *Loi* et dont la signature est une condition *sine qua non* à l'octroi de la reconnaissance d'un bien-fonds comme réserve naturelle ne s'apparente en aucune façon aux modalités et démembrements du droit de propriété au Code Civil. Ce constat s'applique aussi et bien entendu au démembrement innommé du droit de propriété, souvent présenté sous le couvert de l'expression « servitude personnelle »[42], parce que le propriétaire de la *réserve naturelle reconnue* ne cède pas, nous l'avons signalé, un attribut de son titre à une autre personne physique ou morale pour que cette dernière ait un droit acquis à la jouissance de l'héritage reconnu comme réserve naturelle. D'ailleurs, le 5e paragraphe de l'article 57 de la *Loi* indique bien que l'ONGC agit à titre de gestionnaire.

Faute d'engendrer un droit réel sous forme de modalité ou de démembrement de la propriété, l'entente conclue en vertu de l'article 57 de la *Loi* donne forcément naissance à des obligations de faire et de ne pas faire à la charge du propriétaire de la réserve naturelle comme débiteur et, par voie de conséquence, au bénéfice du Ministre ou de l'ONGC comme créancier[43]. Ces droits et obligations, de nature personnelle est-il besoin de le préciser, sont, en application du 3e alinéa de l'article 2938 C.c.Q.[44], soumis à la publicité en vertu de l'article 59 de la *Loi* pour ensuite lier tous les

---

41 C'est-à-dire deux immeubles appartenant à deux propriétaires différents et dont l'un des immeubles, situé dans un voisinage raisonnable, est grevé au profit de l'autre de façon durable.

42 Sur l'effet pervers de cette expression, lire : François FRENETTE, « Bilan décennal de la réforme du droit des biens », (2003) 105 *R. du N.* 309, 360-363.

43 Art. 1371-1373 et 1378 C.c.Q.

44 « Les autres droits personnels et les droits réels mobiliers sont soumis à la publicité dans la mesure où la loi prescrit ou autorise expressément leur publication. »

acquéreurs subséquents de la *réserve naturelle reconnue*, et ce possiblement à perpétuité. **Conclusion** : la fameuse entente est constitutive d'obligations *propter rem* à la charge du propriétaire de la réserve naturelle en raison et uniquement du titre y détenu[45], obligations de respecter les termes et conditions du plan de conservation contenu à ladite entente fondant l'octroi et le maintien de la reconnaissance dont l'immeuble jouit sous forme d'appellation « contrôlée ».

Il appert, au terme de notre cheminement, que le recours au *sui generis*, expression combien commode qui n'explique cependant jamais rien, n'est pas nécessaire ; ce qui n'exclut pas de parler, en l'espèce, d'une institution particulière comprenant une sorte d'obligation connue dont la survenance n'est pas courante.

CONCLUSION

Au cours de la dernière décennie du XX[e] siècle, un collectif informel d'ONGC parlant haut et fort ont demandé, voire exigé, que l'État forge à leur intention un nouvel outil de conservation volontaire qui éclipserait en quelque sorte tous les autres, notamment l'acquisition à titre onéreux ou gratuit et la servitude « réelle ». Puisqu'un tel outil existait avec bonheur sous d'autres cieux sous le nom de *Conservation Easement,* le Québec y avait forcément droit aussi aux dires des ONGC, et ce quitte à ce que son introduction en la manière ci-dessus relatée chamboule les principes directeurs du droit patrimoniale édictés au Code civil du Québec.

---

45 Les articles 1178 et 1185 C.c.Q. en matière de servitude, l'article 1014 C.c.Q. pour la convention d'indivision et l'article 1194 C.c.Q. concernant l'obligation d'améliorer de l'emphytéote nous fournissent de beaux exemples d'obligations *propter rem.* Sur la question, voir : François FRENETTE, *De l'emphytéose*, Montréal, Wilson & Lafleur – Sorej, 1983, n[os] 276-281 ; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 34, p. 838 ; S. NORMAND, *op. cit.*, note 34, p. 35, 248, 249 et 261 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 4[e] éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, n[o] 560 ; Hassan ABERKANE, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels : essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, L.G.D.J., 1957. L'obligation *propter rem* peut être définie comme étant celle dont la prestation est due par le titulaire d'un droit réel et qui suit, dans le respect de la loi, la transmission de ce droit auquel elle est accessoirement liée.

La *réserve naturelle reconnue* a été la réponse du gouvernement à cette volonté affirmée par les ONGC de vouloir faire vite et simple aux motifs, d'une part, qu'il était injuste de priver les propriétaires fonciers du Québec d'un instrument efficient déjà en usage chez le voisin et, d'autre part, que la fin recherchée, c'est-à-dire l'accélération du phénomène de la conservation volontaire sur les terres du domaine privé, justifiait tous les moyens. Cette réponse du gouvernement était juste et mesurée pour nombre de raisons, les principales étant 1) qu'elle a été servie dans le respect des règles de fond gouvernant la propriété et ses manières d'être au Code civil, 2) qu'elle procure, par le biais de la publicité, l'opposabilité et la transmission d'obligations *propter rem* de faire et de ne pas faire à la charge du propriétaire de la *réserve naturelle reconnue,* 3) qu'elle offre aux ONGC l'opportunité, s'ils veulent bien s'en prévaloir, de donner une plus-value aux diverses ententes passées et à venir avec les propriétaires fonciers en les intégrant dans le moule de la *réserve naturelle reconnue* et, enfin, 4) qu'elle laisse la porte ouverte au raffinement des techniques de conservation volontaire fondées sur le droit existant.

Il y a lieu de retenir, en fin d'analyse, qu'il n'existe pas de panacée universelle à la progression un peu lente des actions de conservation volontaire au Québec. Ce n'est pas le cadre légal, quel qu'il soit, qui permet de multiplier les résultats escomptés en la matière. C'est plutôt et d'abord un état d'esprit, une attitude, une manière d'agir en société qui finissent par devenir une tradition culturelle quand l'aisance s'installe chez ceux qui ont du bien depuis un certain temps, pour ne pas dire un temps certain.

Au moment de terminer la rédaction de ce texte, il y avait au Québec 32 *réserves naturelles reconnues* couvrant une superficie de 2381 hectares. La nouvelle technique de sauvegarde du patrimoine naturelle qui exploite de façon pertinente la notion d'obligation *propter rem* paraît donc manifestement sous-utilisée. Toujours en attente d'une formule miracle qui précèderait un important changement de mœurs dans la population et au gouvernement, les ONGC seraient-ils demeurés droits dans leurs bottes sur les moyens traditionnels d'interventions auprès des propriétaires de bien-fonds ?

LE DÉMARRAGE D'UN SYNDICAT DE COPROPRIÉTAIRES

Christine GAGNON*

* Notaire, associée Côté Taschereau Samson Demers, Québec et membre conseil Grenier Gagnon, Montréal ; membre du Comité scientifique de la Chaire du notariat de l'Université de Montréal.

Introduction

Lors de l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec*, le notaire Roger Comtois a qualifié la création du syndicat de copropriétaires de principale innovation du *Code civil du Québec* en matière de copropriété divise[1]. En effet, l'attribution de la personnalité juridique à toutes les collectivités de copropriétaires, tant les anciennes que les nouvelles[2], a été l'un des éléments importants du *Code civil du Québec* en matière de copropriété divise.

Plus de dix années de pratique du droit de la copropriété se sont écoulées depuis son entrée en vigueur. Plusieurs textes ont été publiés sur le syndicat de copropriétaires et de nombreux jugements ont défini tant ses objets, ses pouvoirs que ses droits et obligations.

Malgré l'apport considérable de la doctrine et l'abondance de jurisprudence en matière de copropriété ces dernières années, un aspect du syndicat de copropriétaires demeure encore fort peu documenté et fait l'objet d'une pratique plus ou moins constante, voire déficiente : son démarrage. En effet, nous constatons malheureusement que le syndicat est trop souvent laissé à lui-même après la publication de la déclaration de copropriété. Le promoteur ou les indivisaires n'ont parfois ni les connaissances, ni l'expérience nécessaires afin de diriger le syndicat en période de démarrage.

Nous espérons, bien humblement, que le présent texte contribuera à élaborer les standards qui devraient encadrer le démarrage d'un syndicat de copropriétaires et qu'il favorisera le développement de nouveaux services juridiques aux promoteurs, copropriétaires et syndicats dans le cadre de ce démarrage.

Nous proposons donc, dans le présent texte, une analyse des principaux aspects juridiques du démarrage d'un syndicat de copropriétaires, dans la perspective du contexte particulier qui caractérise la mise en place de cette personne morale, particulièrement lorsqu'elle est créée par un promoteur. Nous rappellerons d'abord les opérations juridiques liées à la création du syndicat (I) et présenterons, ensuite, les principales opérations de mise en place et de démarrage du syndicat (II).

---

1 Roger COMTOIS, « Le droit de la copropriété selon le *Code civil du Québec* », (1994) 96 *R. du N.* 323.

2 Art. 1039 C.c.Q. ; *Loi d'application de la réforme du code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 52.

I. Les opérations juridiques de création du syndicat

La création d'un syndicat de copropriétaires s'effectue par la publication d'une déclaration de copropriété (A). Une fois créé, le syndicat, comme toute autre personne morale, doit être immatriculé auprès de Registraire des entreprises (B).

A. La déclaration de copropriété

La déclaration de copropriété est un document volumineux qui remplit plusieurs fonctions. En application de l'article 1059 C.c.Q., elle est signée, bien souvent, par un copropriétaire unique qui agit à titre de promoteur[3], ou encore, par les indivisaires qui décident de convertir un immeuble détenu en indivision au régime de la copropriété divise[4].

La publication de la déclaration de copropriété permet d'abord la création d'une modalité de la propriété, la copropriété divise, par laquelle la propriété d'un immeuble est répartie par fractions, comprenant chacune une partie privative matériellement divisée[5] et une quote-part indivise des parties communes[6].

La déclaration de copropriété a aussi pour objet d'organiser la coexistence des droits individuels et collectifs des copropriétaires en définissant la destination de l'immeuble et en réglementant les conditions de jouissance de l'immeuble, tant dans ses parties privatives que communes[7].

---

3 Art. 1059 et 1038 C.c.Q. La notion de promoteur est définie à l'article 1093 C.c.Q. ; Yves JOLI-CŒUR et Pierre-G. CHAMPAGNE, « Le promoteur, la perte de contrôle et l'interprétation », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 198, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 61, 65 et 66.

4 Sur la conversion d'un immeuble locatif, voir notamment Serge ALLARD et Claude COUTURE, *La conversion d'un immeuble locatif en copropriété divise*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Biens », Doctrine – Document 11, Montréal.

5 La Cour d'appel a reconnu qu'une fraction de copropriété peut être composée de plus d'une partie privative. *Société Trust National* c. *Société canadienne d'hypothèque et de logement*, [1993] R.D.I. 24 (C.A.).

6 Art. 1038, 1009 et 1010 C.c.Q.

7 Art. 1053, 1054 et 1056 C.c.Q.

Enfin, la déclaration de copropriété est le document constitutif d'une personne morale de droit privé, le syndicat. Sa publication au registre foncier est d'ailleurs l'élément créateur du syndicat[8]. À ce titre, elle détermine le nom et le siège du syndicat[9]. À l'acte constitutif, elle définit les objets du syndicat et précise les pouvoirs et devoirs respectifs de ses organes : le conseil d'administration et l'assemblée des copropriétaires[10]. On retrouve au règlement de l'immeuble, les règles relatives à son fonctionnement. Ainsi, toutes les règles de mise en place et de fonctionnement du conseil d'administration y sont incluses. De même, on y retrouve les règles régissant la convocation et la tenue des assemblées de copropriétaires[11]. Quant à l'état descriptif, il ne concerne que l'immeuble et ne contient généralement aucune disposition relative au syndicat[12].

La déclaration de copropriété est un document de nature contractuelle et les tribunaux lui appliquent régulièrement les règles de formation et d'interprétation d'un contrat[13]. Toutefois, en raison de son rôle constitutif

---

8 Art. 1039 C.c.Q.

9 Le nom du syndicat lui est donné dans son document constitutif ; art. 305 C.c.Q.

10 Art. 1053 C.c.Q. Voir Christine GAGNON, *Déclaration de copropriété divise d'un immeuble*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Biens », Formulaire – Document 1.1, Montréal, art. 26-42.

11 Art. 1054 et 1084 C.c.Q. Pour un aperçu des clauses habituellement contenues dans la déclaration de copropriété relativement au syndicat : C. GAGNON, *loc. cit.*, note 10, 39-41, 115-139.

12 Art. 1055 C.c.Q.

13 *Syndicat des copropriétaires de Verrières I* c. *Bombardier*, [2001] R.D.I. 20, J.E. 2001-390, REJB 2001-22283 (C.A.) ; *Amselem* c. *Syndicat Northcrest*, REJB 2002-30953 (C.A.) ; *Fournier* c. *Lesiège*, [1986] R.D.I. 789, 792 (C.S.) ; *Gamache* c. *Prince*, [1990] R.D.I. 703, 705 et 706 (C.S.) ; *Construction canadienne T.J. Québec Inc.* c. *Bertrand*, [1994] R.J.Q. 1101 (C.S.) ; *Mizne* c. *Elysée Condominium Association*, [1996] R.D.I. 69, 72 (C.S.) ; *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, [1998] R.J.Q. 1186 (C.S.) ; *Syndicat des copropriétaires de Verrières I* c. *Bombardier*, J.E. 99-1614 (C.S.) ; *Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, J.E. 2004-1354, REJB 2004-66513 (C.S.) ; *Syndicat des copropriétaires de Le Lionnaise* c. *Sylvestre*, [2003] R.D.I. 676, J.E. 2003-1259, AZ-50179227, REJB 2003-45398 (C.Q.). Voir aussi Christine GAGNON, *La copropriété divise*, 2e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, no 78 ; Christine GAGNON et Serge ALLARD, « La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Syndicat Northcrest* c. *Amselem* et le droit québécois de la copropriété divise : un point de vue notarial », (2005) 1 *C.P. du N.* 317, 332 et 333 ; Pierre-Claude LAFOND, *Précis de droit des biens*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 584, 585, 595 et 596.

d'une personne morale, la déclaration de copropriété a aussi un caractère institutionnel[14].

B. L'immatriculation du syndicat

La *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales* assujettit toute personne morale de droit privé constituée au Québec[15]. Comme le syndicat de copropriété répond à cette qualification, il est donc tenu de s'immatriculer auprès du Registraire des entreprises.

Cette immatriculation s'effectue par la présentation d'une déclaration d'immatriculation au Registraire des entreprises dans les soixante jours de la publication de la déclaration de copropriété[16].

Le notaire qui reçoit la déclaration de copropriété devrait, en conséquence, procéder à l'immatriculation du syndicat très rapidement après la publication de cette déclaration de copropriété au bureau de la publicité des droits. En effet, les institutions financières exigent habituellement une preuve d'immatriculation ou, du moins, une preuve que la déclaration d'immatriculation a été transmise au Registraire des entreprises avant de procéder à l'ouverture d'un compte bancaire pour le syndicat[17]. Contrairement à d'autres personnes morales telles les compagnies, c'est la déclaration de copropriété publiée qui devrait, avant tout, servir de preuve d'existence du syndicat. Quoi qu'il en soit, l'immatriculation est obligatoire et le notaire devrait y procéder systématiquement dès la publication de la déclaration de copropriété. Il devrait ensuite s'assurer qu'une copie de la déclaration d'immatriculation soit déposée aux registres de la copropriété[18].

Cette déclaration d'immatriculation contient des informations sur le nom du syndicat, sa forme juridique, son domicile réel et élu le cas échéant,

---

14 C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, nº 78.

15 *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q., c. P-45, art. 2, al. 4.

16 *Id.*, art. 8, al. 2 et 9.

17 *Infra*, section 2.1.4.

18 *Infra*, section 2.2.

des informations sur ses administrateurs, etc.[19] La date de création de la personne morale à inscrire sur la déclaration d'immatriculation est la date de la publication de la déclaration de copropriété[20]. Il est opportun que le rédacteur de la déclaration d'immatriculation s'assure que le nom et le domicile du syndicat qu'il inscrit soient les mêmes que ceux mentionnés à la déclaration de copropriété. Cette déclaration d'immatriculation fait foi de son contenu à l'égard des tiers de bonne foi[21]. En cas de divergence entre la déclaration de copropriété publiée au bureau de la publicité des droits et la déclaration d'immatriculation, les tiers se fient aux renseignements déclarés au Registraire des entreprises.

Après l'élection d'un nouveau conseil d'administration, la déclaration d'immatriculation doit être modifiée[22] et elle est ensuite mise à jour de façon annuelle et ponctuelle[23]. Le conseiller juridique du syndicat mandaté à agir en soutien à son démarrage, devrait s'assurer que cette déclaration modificative soit produite dans les meilleurs délais après l'élection du premier conseil d'administration et déposée aux registres de la copropriété.

Après plus de dix ans d'application du système de publicité légale aux syndicats de copropriété, l'expérience permet de conclure qu'il s'agit d'une forme de publicité très facilement accessible pour les tiers qui ont des rapports juridiques avec le syndicat. Elle leur permet, notamment, de disposer d'une information à jour sur le nom exact de ce dernier, son adresse ainsi que sur l'identité de ses administrateurs.

---

19 *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, précitée, note 15, art. 10.

20 Art. 1039 C.c.Q.

21 *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, précitée, note 15, art. 62.

22 *Id*., art. 33-43. En pratique aussi, les administrateurs devraient aviser certaines personnes des changements au sein du conseil d'administration dont notamment les institutions financières relativement aux comptes bancaires du syndicat, le service des incendies de la municipalité, le service de télésurveillance de l'immeuble, etc.

23 *Id*., art. 26-32.

II. LES PREMIÈRES OPÉRATIONS DE FONCTIONNEMENT DU SYNDICAT

Le démarrage d'un syndicat de copropriété suppose habituellement une administration transitoire (A) et, dans tous les cas, la mise en place des registres de la copropriété (B).

A. L'administration transitoire

La mise en place d'un syndicat de copropriété se fait au moyen d'une période d'administration transitoire, plus ou moins longue selon les cas. Il est intéressant d'examiner certaines questions relatives aux organes d'administration pendant cette période transitoire (1), à l'adoption du premier budget du syndicat (2), au contenu de ce budget initial (3) ainsi qu'aux contributions des copropriétaires aux charges communes générales et spéciales (4).

1. Les organes d'administration pendant la période transitoire

Comme toute personne morale, le syndicat de copropriétaires est composé de deux organes d'administration : le conseil d'administration et l'assemblée des copropriétaires[24]. Ces organes d'administration existent dès la constitution du syndicat lors de la publication de la déclaration de copropriété.

Ainsi, à compter de ce moment, l'assemblée des copropriétaires est souvent composée du seul copropriétaire de l'immeuble ou encore de l'ensemble des copropriétaires dans les cas où ils sont plus d'un. En fait, l'assemblée des copropriétaires est initialement composée du ou des signataires de la déclaration de copropriété[25].

À tout moment, à compter de la constitution du syndicat, l'assemblée des copropriétaires peut être appelée à prendre des décisions. Il n'est pas nécessaire que la première assemblée des copropriétaires soit tenue pour que cet organe du syndicat exerce son pouvoir décisionnel. À cet égard, il n'est pas rare que des résolutions écrites signées par toutes les personnes habiles à voter soient adoptées avant la tenue de cette première assemblée

---

24 Art. 311 C.c.Q.

25 À l'exception des créanciers hypothécaires évidemment. Art. 1038 et 1059 C.c.Q.

annuelle[26]. Ces résolutions sont souvent signées par le copropriétaire unique qui, afin d'assurer le développement du projet ou la mise en place du syndicat, adopte des décisions qui sont de la compétence exclusive de l'assemblée[27]. Il arrive aussi parfois qu'il soit nécessaire d'apporter des modifications de nature corrective à la déclaration de copropriété. Il est alors de bonne pratique de déposer une copie de ces résolutions au rang des minutes d'un notaire, afin d'en assurer la date, en vue de prouver qu'elles n'ont pas été adoptées après l'acquisition de fractions par des acquéreurs qui n'auraient pas signé ces résolutions. Elles ne peuvent pas cependant être signées avant la publication de la déclaration de copropriété, soit avant la constitution du syndicat.

Quant au conseil d'administration, l'article 1084 C.c.Q. traite de sa mise en place :

> La composition du conseil d'administration du syndicat, le mode de nomination, de remplacement ou de rémunération des administrateurs, ainsi que les autres conditions de leur charge, sont fixés par le règlement de l'immeuble.

Il est d'usage que le déclarant nomme, dans la déclaration de copropriété, un administrateur unique qui assure l'administration transitoire de la copropriété. Ainsi, dans les déclarations de copropriété publiées par un propriétaire unique, on retrouve souvent une clause de nomination qui ressemble à celle-ci :

> ___ (nom d'une personne physique) est nommé par les présentes seul administrateur du syndicat et reste en fonction jusqu'à la première élection d'administrateurs qui aura lieu à la première assemblée des copropriétaires. En cas de refus ou d'impossibilité d'agir, il sera remplacé, jusqu'à la même date, par ___ (nom d'une personne physique). À compter de cette assemblée, le conseil d'administration du syndicat est composé de trois (3) administrateurs.

C'est dans la déclaration de copropriété, au règlement de l'immeuble, que l'administrateur provisoire est habituellement nommé. Dans les faits, il s'agit d'une personne physique liée au promoteur quand ce dernier est

---

26 Art. 354 C.c.Q.

27 C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, nº 34.

une personne morale. Nous n'avons jamais rencontré une seule copropriété mise en place par un promoteur qui n'ait pas été gérée, en période transitoire, sous l'autorité factuelle de ce dernier[28].

On sait que, de façon générale, le conseil d'administration gère les affaires courantes du syndicat et exerce les pouvoirs nécessaires à cette fin[29]. Les administrateurs assument des devoirs et des obligations qui sont définis par la loi et la déclaration de copropriété. Le conseil d'administration doit assurer une saine gestion du syndicat, faire respecter la déclaration de copropriété[30] et voir à la conservation de l'immeuble et à l'entretien des parties communes[31].

---

28 Voir, par exemple : *Immeubles de l'Estuaire Phase III inc.* c. *Syndicat des copropriétaires de l'Estuaire Condo phase III*, 2006 QCCA 781 ; *Syndicat des copropriétaires Estuaire 1 enr.* c. *Asselin*, J.E. 2003-386, REJB 2003-38859 (C.S.).

29 Art. 335 C.c.Q.

30 Art. 1079 et 1080 C.c.Q. Pierre-G. CHAMPAGNE, « Droits et recours des copropriétaires », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 159, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 117, à la page 130 ; Christine GAGNON, « De certains travaux en copropriété divise », (2005) 1 *C.P. du N.* 221, 227 ; Yves PAPINEAU, « Le Syndicat de copropriété a-t-il l'obligation de faire respecter la déclaration de copropriété », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 198, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 145, aux pages 173 et 174. Pratiquement, cette obligation se manifeste d'abord par une intervention des membres du conseil d'administration ou du gérant auprès du copropriétaire en défaut. Cette intervention peut mener à une demande en justice, soit habituellement un recours en injonction pour faire cesser l'infraction. Voir Michel PARADIS, « Le recours à l'injonction en copropriété divise : étude jurisprudentielle et conseils pratiques aux plaideurs », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 198, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 111, particulièrement aux pages 124 et suiv.

31 Art. 1039 et 1077 C.c.Q. ; *Mercier* c. *Floralies du Parc, Le 1140*, C.Q. Québec, nº 200-22-038620-068, 3 octobre 2006, j. Gobeil, p. 4 ; C. GAGNON, *loc. cit.*, note 30, 238 et suiv. ; Yves JOLI-CŒUR, « Les obligations du syndicat quant à la conservation de l'immeuble et les recours inhérents à de telles obligations », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 159, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 1.

Il doit agir dans le respect des droits des copropriétaires[32], avec prudence, diligence, honnêteté et loyauté[33].

L'administrateur provisoire du syndicat, y compris le promoteur lui-même, ainsi que toute personne qui lui est liée, assume les mêmes devoirs que tout autre administrateur, dès son entrée en fonction au moment de la publication de la déclaration de copropriété. Il est donc tenu aux mêmes standards d'indépendance et de probité et engage sa responsabilité personnelle en cas de malhonnêteté et mauvaise foi[34].

L'administrateur provisoire jouit des mêmes pouvoirs que les administrateurs élus. En pratique toutefois, il arrive fréquemment que, par courtoisie, il choisisse de ne pas exercer certains pouvoirs ou de ne pas poser certains gestes, préférant laisser au premier conseil d'administration élu le soin de définir certaines orientations du syndicat[35]. De plus, il limite parfois ses actions volontairement en raison des conséquences résultant de l'application de l'article 1107 C.c.Q., qui se lit comme suit :

> Le nouveau conseil d'administration peut, dans les 60 jours de l'élection, mettre fin sans pénalité au contrat conclu par le syndicat pour l'entretien de l'immeuble ou pour d'autres services, antérieurement à cette élection, lorsque la durée du contrat excède un an.

---

32 Un syndicat a été condamné à payer à un copropriétaire des dommages suite à une attitude blessante envers ce dernier. *Syndicat des copropriétaires des 877-879-881-883-885-887-889-891-893 Outremont* c. *Blondot*, [2005] R.D.I. 455, J.E. 2005-968, AZ-50309279, EYB 2005-91090 (C.Q.). Dans une autre affaire, un syndicat a été condamné à verser des dommages-intérêts à un copropriétaire pour abus de procédures par le syndicat. *Tremblay* c. *Syndicat des copropriétaires le Saint-Claude*, [2005] R.D.I. 422, J.E. 2005-672, AZ-50300648, EYB 2005-86539 (C.S.). Voir également *Nadeau* c. *Martineau*, AZ-50386377, 2006 QCCS 4285, EYB 2006-108709.

33 Art. 322 et 3128 C.c.Q.

34 C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, nº 459 ; Yves PAPINEAU, « La perte de contrôle du promoteur, l'héritage des contrats conclus par lui et les promesses faites aux acheteurs », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 23 et 35-37.

35 C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, nº 457 ; Christine GAGNON, « Le fonctionnement du syndicat de copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 73, à la page 97 ; Christine GAGNON, « Le fonctionnement du syndicat de copropriété divise », (2006) 1 *C.P. du N.* 1, 23.

L'un des premiers pouvoirs que l'administrateur provisoire se doit absolument d'exercer consiste à contracter, au nom du syndicat, les assurances de dommages et de responsabilité civile appropriées, tel que la loi et la déclaration de copropriété lui dictent de le faire[36]. Il est du devoir de l'administrateur provisoire de le faire le jour même où la copropriété est établie. Le conseiller juridique qui accompagne le promoteur ou les copropriétaires dans la mise en place de la copropriété et du syndicat devrait donc conseiller l'administrateur provisoire à cet effet.

Soulignons que la durée de la période d'administration transitoire par le représentant du promoteur ne relève pas de son entière discrétion. S'il a toute liberté d'y mettre fin lorsqu'il le désire, il doit le faire au plus tard au moment prévu par l'article 1104 C.c.Q. qui se lit comme suit :

> Dans les quatre-vingt-dix jours à compter de celui où le promoteur d'une copropriété ne détient plus la majorité des voix à l'assemblée des copropriétaires, le conseil d'administration doit convoquer une assemblée extraordinaire des copropriétaires pour l'élection d'un nouveau conseil d'administration.
>
> Si l'assemblée n'est pas convoquée dans les quatre-vingt-dix jours, tout copropriétaire peut le faire.

Il arrive aussi que la déclaration de copropriété prévoit un terme à son mandat, soit qu'il n'y ait pas de promoteur et que l'article 1104 C.c.Q. ne s'applique pas, soit qu'un terme plus court que la période prévue à l'article 1104 C.c.Q. ait été prévu par la déclaration de copropriété.

Encore une fois, on constate que la fin de l'administration transitoire est une occasion où le syndicat et l'administrateur provisoire ont souvent besoin de soutien juridique. Le conseiller juridique du syndicat peut guider l'administrateur dans la préparation de l'assemblée des copropriétaires en rédigeant, par exemple, les avis de convocation et documents qui y sont joints[37] et en s'assurant que les dispositions de la loi concernant cette assemblée, notamment les articles 1104 et suivants du *Code civil du Qué-*

---

36 Art. 1073 C.c.Q. ; C. GAGNON, *loc. cit.*, note 10, 43-62 ; Pierre-G. CHAMPAGNE, « Les règles particulières des assurances en copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 159, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 81, aux pages 86 et 87.

37 Art. 1087 C.c.Q.

bec, soient suivies lors de cette assemblée. De plus, l'administrateur provisoire et les copropriétaires apprécient généralement la présence du notaire ou du conseiller juridique du syndicat à la première assemblée qui revêt, pour eux, une importance certaine et soulève, généralement, un intérêt exceptionnellement important[38]. Soulignons qu'aux termes de l'article 345 C.c.Q., la première assemblée doit être tenue dans les six mois qui suivent la publication de la déclaration de copropriété.

2. L'adoption du budget initial du syndicat

De façon générale, la loi prévoit que le conseil d'administration est responsable de l'adoption du budget. En effet, le premier alinéa de l'article 1072 C.c.Q. édicte ce qui suit :

> Annuellement, le conseil d'administration fixe, après consultation de l'assemblée des copropriétaires, la contribution de ceux-ci aux charges communes, après avoir déterminé les sommes nécessaires pour faire face aux charges découlant de la copropriété et de l'exploitation de l'immeuble et les sommes à verser au fonds de prévoyance.

Ainsi, suivant cette disposition d'ordre général, le budget du syndicat est adopté par le conseil d'administration qui doit avoir, préalablement, consulté l'assemblée des copropriétaires. Il y a controverse sur la forme que doit prendre cette consultation chez les auteurs qui prétendent soit qu'il faille tenir un vote de nature consultative en assemblée, soit qu'une discussion en assemblée sur le budget pourrait être suffisante[39].

---

38 Notre expérience pratique en ce domaine nous enseigne qu'il n'est pas rare d'atteindre des taux de participation exceptionnels lors de cette assemblée où souvent, entre 90 % et 100 % des voix de la copropriété y sont représentées.

39 Pierre BEAUDOIN et Benoît MORIN, « La copropriété des immeubles au Québec », (1970) 30 *R. du B.* 36 ; Roger COMTOIS, « Le budget de la copropriété et l'assemblée générale des copropriétaires », (1990) 2 *C.P. du N.* 121, 122-124 ; Christine GAGNON, « Le fonctionnement du syndicat de copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 73, aux pages 111 et 112 ; Christine GAGNON, « Le fonctionnement du syndicat de copropriété divise », (2006) 1 *C.P. du N.* 1, 37 ; Yves PAPINEAU, « Le notaire et la copropriété divise », (2005) 1 *C.P. du N.* 277, 303-305 ; Christine GAGNON et Yves PAPINEAU, « La copropriété divise et la copropriété indivise organisée : étude comparative », dans Service de la formation continue, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec (2006)*, Montréal, p. 465, à la page 500.

L'adoption du budget par le conseil d'administration se fait par résolution, de manière à ce que la décision soit consignée dans les procès-verbaux du conseil, lesquels sont déposés aux registres de la copropriété. De même, la consultation de l'assemblée des copropriétaires devrait être consignée aux procès-verbaux de l'assemblée[40].

Ainsi, lorsque le syndicat doit exercer une action en recouvrement des charges contre un copropriétaire, publier une hypothèque légale et, éventuellement, exercer un recours hypothécaire contre une fraction de copropriété[41], fournir un état des charges en application de l'article 1069 C.c.Q. ou imposer une suspension du droit de vote à un copropriétaire[42], il est en mesure de faire la preuve de l'existence de sa créance et du montant de sa réclamation en prouvant que le budget a été régulièrement adopté. Le copropriétaire en défaut d'acquitter ses charges communes ne peut alors pas invoquer contre le syndicat le fait que la cotisation n'est pas régulière, du moins pour des motifs liés aux circonstances entourant son adoption. On sait qu'une partie importante du contentieux au Québec en matière de copropriété divise concerne des réclamations relatives aux charges communes.

La loi n'apporte aucune précision quant à l'adoption du premier budget du syndicat. Il nous apparaît certain que l'adoption du budget initial du syndicat, au lendemain de la publication de la déclaration de copropriété, est assujettie à l'article 1072 C.c.Q. et aux mêmes formalités que tout autre budget du syndicat. Ces formalités entourant l'adoption du premier budget de la copropriété pendant la période d'administration transitoire devraient donc être suivies avec autant de rigueur que l'adoption de tout autre budget par la suite par le syndicat.

---

40 *Infra*, section 2.2 ; C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, n° 421.

41 Art. 2729 et 2800 C.c.Q. ; C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, n° 330.

42 Art. 1094 C.c.Q. Sur la suspension du droit de vote, voir C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, n° 330 ; Christine GAGNON, « Le fonctionnement du syndicat de copropriété divise », (2006) 1 *C.P. du N.* 1, 28 et 29 ; Christine GAGNON, « Le fonctionnement du syndicat de copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 73, aux pages 103 et 104 ; Yves PAPINEAU, « Le paiement des charges communes en copropriété : début de l'obligation, sanctions et procédés de recouvrement », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 1, aux pages 7 à 9.

Lorsque le syndicat est administré par un seul administrateur provisoire, ce dernier peut toujours invoquer le fait que, par ses actes, il a procédé régulièrement à l'adoption du budget et que la consultation des copropriétaires a effectivement eu lieu. Il pourrait réussir à faire la preuve que le budget a bel et bien été adopté et démontrer à un tribunal que le syndicat a une créance déterminée contre un copropriétaire en défaut.

On sait que, dans le cas d'un immeuble à usage d'habitation, la note d'information que le promoteur doit fournir aux acquéreurs, « fait état du budget prévisionnel »[43]. Ce budget prévisionnel fourni aux acheteurs avant la constitution du syndicat et les gestes posés par l'administrateur provisoire pourraient servir de preuve de l'adoption du budget.

Le domaine d'application de cette obligation de rédiger une note d'information est limité aux cas où il s'agit d'un immeuble d'habitation vendu par un constructeur ou un promoteur et qui comporte au moins dix unités de logement ou qui comporte une fraction vendue sous un régime de jouissance à temps partagé[44]. On comprend que bon nombre de syndicats de copropriété sont mis en place sans que la note d'information soit préparée, soit que la loi ne l'impose pas, comme, par exemple, dans le cas des petits immeubles et des copropriétés à destination commerciale, soit lorsque le promoteur fait défaut de fournir la note d'information aux acquéreurs, malgré les obligations que la loi lui impose. De plus, il n'est pas certain que l'existence d'une note d'information garantisse, à elle seule, que le budget est adopté valablement et est opposable aux copropriétaires.

À la lumière de ce qui précède, nous sommes d'avis que l'administrateur provisoire devrait veiller à ce que le budget soit adopté régulièrement et en constituer une preuve dans les registres de la copropriété. Il en va tant de l'intérêt du syndicat, des copropriétaires qui doivent être protégés en cas de défaut de l'un d'eux d'acquitter ses charges communes que du promoteur lui-même. Or, les pratiques en vigueur dans les copropriétés nouvelles ne rencontrent pas les exigences de l'article 1072 C.c.Q., du moins tant que la première assemblée des copropriétaires n'a pas eu lieu.

Le syndicat en période de démarrage devrait pouvoir compter sur un conseiller juridique qui serait en mesure d'éclairer l'administrateur provisoire sur la nécessité de procéder à l'adoption du premier budget du syndicat

---

43 Art. 1788 C.c.Q.

44 Art. 1785 et 1787 C.c.Q.

de manière conforme à la loi. Il pourra lui conseiller de procéder à la signature de deux résolutions écrites, par exemple, l'une constatant le résultat de la consultation de l'assemblée des copropriétaires ou du copropriétaire unique, l'autre faisant état de l'adoption du budget par l'administrateur provisoire. Ces résolutions pourraient être adoptées après la publication de la déclaration de copropriété mais avant que le promoteur ne procède aux ventes des fractions et un exemplaire pourrait être déposé au rang des minutes d'un notaire afin d'en assurer la date.

3. Le contenu du budget initial

Quant au contenu du budget adopté par l'administrateur provisoire, il est d'abord du devoir de ce dernier de s'assurer que ce budget initial soit réaliste et permette de rencontrer les obligations financières du syndicat. Nous avons en effet constaté qu'en pratique, trop de promoteurs, soit par crainte de nuire à leur mise en marché[45], soit par inexpérience, proposent des budgets nettement insuffisants à couvrir les dépenses réelles du syndicat. Cela n'occasionne, par la suite, que mécontentement chez les copropriétaires et discorde entre ces derniers et le promoteur, ce qui n'est, évidemment, dans l'intérêt de personne.

Le notaire ou l'avocat du promoteur ou de l'administrateur provisoire peut lui conseiller, au besoin, d'avoir recours aux services professionnels d'un gestionnaire d'immeuble afin de l'assister dans la préparation du budget initial du syndicat. Ce conseil peut également être adressé au promoteur lors de la mise en marché du projet et de la préparation de la note d'information[46].

---

45 Plusieurs croient, à tort, que les frais communs d'une copropriété doivent être le plus bas possible afin d'attirer les acheteurs. Or, en réalité, des frais communs trop peu élevés témoignent souvent d'une administration ou d'une prévision déficiente. Michel PARADIS, « Idées préconçues sur la vie en copropriété : comment déjouer les préjugés attachés à la détention d'un appartement divis », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 181, à la page 202.

46 Art. 1788 C.c.Q. ; *Gareau* c. *Syndicat de la copropriété 415 St-Gabriel*, [1998] R.J.Q. 1553, [1998] R.D.I. 316 (C.S.). Lors de la préparation de la note d'information, le promoteur devrait également être informé que les valeurs relatives ne peuvent être établies en fonction des superficies mais impérativement en fonction des critères prévus à l'article 1041 C.c.Q. Serge ALLARD, *La copropriété divise*, dans Chambre des

On peut s'inspirer de l'article 1791 du *Code civil du Québec* pour déterminer le contenu du budget. Cette disposition se lit comme suit :

> Le budget prévisionnel doit être établi sur une base annuelle d'occupation complète de l'immeuble ; dans le cas d'une copropriété divise, il est établi pour une période débutant le jour où la déclaration de copropriété est inscrite.
>
> Le budget comprend, notamment, un état des dettes et des créances, des recettes et débours et des charges communes. Il indique aussi, pour chaque fraction, les impôts fonciers susceptibles d'être dus, le taux de ceux-ci, et les charges annuelles à payer, y compris, le cas échéant, la contribution au fonds de prévoyance.

Il ne relève pas du présent texte d'énumérer tous les postes du budget d'un syndicat. Ce budget doit prévoir tous les postes nécessaires afin d'assurer au syndicat de pouvoir rencontrer ses obligations. Figurent généralement au budget, pour ne donner que quelques exemples, l'entretien du bâtiment, l'assurance collective de l'immeuble, l'assurance-responsabilité collective, les fournitures en services publics, les frais d'administration et de gestion professionnelle, les honoraires légaux et comptables, etc. Nous désirons néanmoins apporter quelques précisions sur certains postes.

L'un des postes du budget annuel doit être consacré au fonds de prévoyance puisque le *Code civil du Québec* prévoit que le syndicat doit impérativement[47] constituer un tel fonds en fonction du coût prévisible des réparations majeures et du coût de remplacement des parties communes. Ce poste doit représenter au moins cinq pour cent du budget[48].

Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Biens », Doctrine – Document 2, Montréal, art. 94-135 ; Christine GAGNON, « Questions pratiques en copropriété divise : charges communes, espaces de stationnement et destination de l'immeuble », (2000) 1 *C.P. du N.* 79, 81-86 ; Christine GAGNON et Yves JOLI-CŒUR, « La répartition des charges communes en copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 237, *Développements récents en copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 151, à la page 155.

47 *Syndicat des copropriétaires de Verrières I* c. *Bombardier*, J.E. 99-1614 (C.S.) ; [2001] R.D.I. 20, J.E. 2001-390, REJB 2001-22283 (C.A.) ; *Tremblay* c. *Syndicat des copropriétaires le Saint-Claude*, [2005] R.D.I. 422, J.E. 2005-672, AZ-50300648, EYB 2005-86539 (C.S.) ; C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, nº 425 ; C. GAGNON et Y. JOLI-CŒUR, *loc. cit.*, note 46, 159.

48 Art. 1071 et 1072 C.c.Q.

Ce sont les administrateurs qui ont la responsabilité d'établir la contribution des copropriétaires dans ce fonds conformément à la loi, à défaut de quoi on pourrait leur reprocher de manquer à leurs devoirs[49]. L'administrateur provisoire, doit, à notre avis, respecter les mêmes obligations à l'égard de la constitution du fonds de prévoyance et inclure ce poste au budget initial de la copropriété.

On sait qu'en application des articles 1071 et 1072 C.c.Q., le syndicat ne peut se contenter de verser cinq pour cent des contributions au fonds de prévoyance. Le critère du « coût estimatif des réparations majeures et du coût de remplacement des parties communes » doit prévaloir sur le plancher de cinq pour cent[50]. En pratique, les administrateurs consultent habituellement des professionnels de la gestion qui les guident dans cet exercice prévisionnel[51].

On peut donc se demander si l'administrateur provisoire doit procéder à cet exercice prévisionnel pour les fins du premier budget ou si, pour la période transitoire, il peut être suffisant qu'il verse au moins cinq pour cent des contributions des copropriétaires dans le fonds de prévoyance.

Nous somme d'avis que l'administrateur provisoire, en raison de la courte durée de son administration, pourrait laisser le soin aux premiers administrateurs élus par l'assemblée des copropriétaires de procéder à cet exercice prévisionnel et d'établir les normes du syndicat relativement au fonds de réserve, et ce, sans manquer à son devoir. L'expérience démontre que les copropriétaires apprécient habituellement prendre eux-mêmes l'initiative d'un tel exercice prévisionnel. Si l'administration provisoire devait se prolonger indûment, alors l'exercice prévisionnel devrait, à notre avis, être réalisé et les contributions aux fonds de prévoyance déterminées en conséquence des critères prévus par la loi. De plus, rien n'empêche l'administrateur provisoire de fixer une contribution supérieure à cinq

---

49 Art. 321 et 322 C.c.Q. ; *Tremblay* c. *Syndicat des copropriétaires le Saint-Claude*, [2005] R.D.I. 422, J.E. 2005-672, AZ-50300648, EYB 2005-86539 (C.S.) ; C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, n° 426.

50 C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, n° 427 ; C. GAGNON, *loc. cit.*, note 46, 87 ; André ROUSSEAU, « Les charges financières en copropriété divise », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 159, *Développements récents en droit de la copropriété divise*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 183, aux pages 190 et suiv.

51 Marie TRUDEL et André M. BENOÎT, *Manuel de gestion d'un syndicat de copropriété divise au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, n° 85, p. 95.

pour cent au fonds de prévoyance, sachant que cette proportion est généralement insuffisante à long terme.

Un autre poste du budget initial devrait, à notre avis, être consacré aux frais et honoraires liés au démarrage du syndicat. En effet, cette personne morale devrait assumer les frais liés à son démarrage. Nous avons présenté, tout au long de ce texte, plusieurs situations où les services d'un professionnel auraient pour effet de faciliter et d'améliorer le démarrage d'un syndicat de copropriétaires. Ainsi, nous croyons que le syndicat devrait assumer les frais et honoraires liés à son démarrage, tels que, peut-être, la rédaction de la déclaration de copropriété qui constitue son acte constitutif et à sa publication, l'immatriculation du syndicat auprès du Registraire des entreprises, la mise en place et la tenue des registres de la copropriété, le soutien juridique et comptable de l'administrateur provisoire dans l'administration de la copropriété, le soutien juridique relatif à la tenue de la première assemblée des copropriétaires, etc. On sait que ces frais et honoraires peuvent s'avérer relativement importants, puisqu'il s'agit, pour la plupart, de services juridiques spécialisés. Comme l'ensemble des copropriétaires membres du syndicat bénéficieront du fait que la déclaration de copropriété ait été rédigée soigneusement, que le budget ait été préparé par un expert, que le syndicat ait pu bénéficier du soutien juridique approprié dès ses débuts, il nous semble raisonnable que la personne morale soit celle qui défraie ces dépenses. Ainsi, le promoteur risque moins de lésiner sur la qualité de ces services afin de réduire ses propres coûts d'opération et ce, au détriment de l'intérêt des copropriétaires qui commande à ce que le démarrage du syndicat se fasse dans les meilleures conditions.

Ces frais de démarrage pourraient, soit être inclus dans le budget annuel ou encore faire l'objet d'une cotisation spéciale, dans la mesure où celle-ci est dûment adoptée[52] et où les copropriétaires sont cotisés conformément à l'article 1064 C.c.Q.[53] Lorsque le promoteur présente un budget prévisionnel lors de la mise en marché de son projet, ces frais de démarrage devraient y apparaître. Cela aura pour effet, outre d'éviter les surprises aux acquéreurs, de leur démontrer que l'administration transitoire sera faite sérieusement et sera bien encadrée.

---

52 *Supra*, section 2.1.2.

53 *Infra*, section 2.1.4.

4. Les contributions des copropriétaires aux charges communes générales et spéciales pendant l'administration transitoire

Dès que la déclaration de copropriété est publiée, le syndicat est constitué[54]. Son opération débute donc à cette date.

L'un des premiers gestes de l'administrateur provisoire devrait consister à ouvrir les comptes bancaires au nom du syndicat des copropriétaires et y déposer les contributions des copropriétaires qu'il doit commencer à percevoir dès ce moment conformément au budget initial[55]. Ce budget doit débuter à la date de publication de la déclaration de copropriété comme le prévoit l'article 1791 du *Code civil du Québec*. En pratique, on peut accepter qu'il soit établi à partir d'une date très proche de la publication de la déclaration de copropriété. Nous insistons sur cette obligation puisqu'elle est très fréquemment ignorée en pratique alors que les administrateurs provisoires tardent à adopter un budget et à percevoir les charges communes des copropriétaires, y compris le promoteur. Cela résulte habituellement en une situation confuse, qui s'étire indûment et aux termes de laquelle la reddition de comptes par l'administrateur provisoire devient pénible, sinon inexistante ou impossible. De plus, les acquéreurs de fractions se voient alors cotisés rétroactivement pour des sommes relativement importantes et, souvent, sans avoir accès à aucune pièce justificative de la part du promoteur ou de l'administrateur provisoire.

L'obligation de contribuer aux charges communes débute lors de la constitution du syndicat. Une fois le budget valablement fixé par l'administrateur provisoire, ce dernier doit percevoir les contributions aux charges communes de tous les copropriétaires selon les dispositions du règlement de l'immeuble qui prévoit fréquemment le paiement de la contribution par versements périodiques[56]. Règle générale, tous les copropriétaires, y compris le promoteur, doivent donc contribuer à compter de la publication de

---

[54] Art. 1039 C.c.Q.

[55] Nous avons aussi déjà mentionné l'urgence de contracter les assurances appropriées. *Supra*, section 2.1.1.

[56] Voir par exemple *Syndicat des copropriétaires du Domaine du Barrage* c. *Lebel*, [1995] R.D.I. 610 (C.Q.). La déclaration de copropriété prévoit souvent la remise au syndicat d'une série de chèques postdatés par chacun des copropriétaires : C. GAGNON, *loc. cit.*, note 10, 143, 147 et 148. Également, de plus en plus de déclarations de copropriété prévoient le paiement des charges communes au moyen de prélèvements préautorisés dans les comptes bancaires des copropriétaires.

la déclaration de copropriété[57]. Il arrive cependant que certains lots transitoires dans une copropriété divise réalisée par phases soient privés temporairement de l'usage de certaines ou même de toutes les parties communes. Il y a donc création de parties communes à usage restreint temporaires et contribution du propriétaire de ces parties privatives transitoires. Le promoteur est alors allégé pour ces raisons[58].

Tous les copropriétaires, le promoteur y compris, doivent donc verser leur contribution aux charges communes selon les proportions prévues à la déclaration de copropriété en application de l'article 1064 C.c.Q. qui est désormais reconnu comme étant impératif[59]. Il se lit comme suit :

> Chacun des copropriétaires contribue, en proportion de la valeur relative de sa fraction, aux charges résultant de la copropriété et de l'exploitation de l'immeuble, ainsi qu'au fonds de prévoyance constitué en application de l'article 1071. Toutefois, les copropriétaires qui utilisent

---

57 *Immeubles de l'Estuaire Phase III inc.* c. *Syndicat des copropriétaires de l'Estuaire Condo phase III*, 2006 QCCA 781 ; *Syndicat de la copropriété « Émeraude des Rives enr. » – Tour phase 1* c. *Domaine des Rives Inc.*, J.E. 99-1534 (C.S.). Voir aussi C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, nº 427 ; C. GAGNON et Y. JOLI-CŒUR, *loc. cit.*, note 46, 160 et 161 ; Y. PAPINEAU, *loc. cit.*, note 42, 4.

58 Serge ALLARD, *Les nouvelles modalités de la copropriété par phases*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Biens », Doctrine – Document 7, Montréal, nº 98.

59 *Syndicat des copropriétaires de Verrières I* c. *Bombardier*, [2001] R.D.I. 20, J.E. 2001-390, REJB 2001-22283 (C.A.) ; *Immeubles de l'Estuaire Phase III inc.* c. *Syndicat des copropriétaires de l'Estuaire Condo phase III*, 2006 QCCA 781 ; *Beaulieu* c. *Syndicat de la copropriété de Bernières*, [1995] R.D.I. 199 (C.S.) ; *Noël* c. *Syndicat des copropriétaires Domaine Rive St-Charles*, [1997] R.J.Q. 3057 (C.S.) ; *Dufromont* c. *Syndicat des copropriétaires du Manoir du carrefour*, J.E. 99-2146 (C.Q.) ; *Syndicat de la copropriété du Bourg St-Édouard* c. *Dumont*, [2002] R.L. 221 (C.Q.) ; *Le Marbre* c. *Friedman*, AZ-50213606, B.E. 2004BE-215 (C.Q.) ; *Beaudet* c. *Syndicat des copropriétaires 1121-1127 Place Henri-Gauthier*, J.E. 2005-839, EYB 2005-90299 (C.Q.) ; *Brien* c. *Syndicat des copropriétaires les Immeubles Versant Sud*, AZ-50165469 (C.Q.) ; S. ALLARD, *loc. cit.*, note 46, 56 et 57 ; C. GAGNON et Y. JOLI-CŒUR, *loc. cit.*, note 46, 160 ; P.-C. LAFOND, *op. cit.*, note 13, p. 618 ; Denys-Claude LAMONTAGNE, *Biens et propriété*, 5e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, nº 402, p. 264 ; Sylvio NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 170 ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 628 et 629 ; A. ROUSSEAU, *loc. cit.*, note 50, 185 et suiv.

les parties communes à usage restreint contribuent seuls aux charges qui en résultent.

Lors du démarrage du syndicat, certains administrateurs provisoires fixent des cotisations spéciales. La validité de ces dernières dépend d'abord, comme nous l'avons vu précédemment, des circonstances entourant leur adoption[60]. Elles dépendent aussi de leur conformité à l'article 1064 C.c.Q.

Par exemple, il existe une pratique aux termes de laquelle certains promoteurs exigent un dépôt initial d'un montant fixe des premiers acquéreurs en vue de constituer un fonds de roulement pour le syndicat. Cette pratique est, dans la plupart des cas, contraire aux prescriptions de l'article 1064 C.c.Q. En effet, une cotisation par le syndicat ne peut être exigible de l'acquéreur sans l'être également du promoteur qui est copropriétaire[61]. De plus, elle ne peut être imposée d'une manière fixe, sans tenir compte des valeurs relatives des fractions. Il en va différemment des frais fixes de déménagement qui sont fréquemment imposés à des copropriétaires afin de couvrir les frais réels de ramassage d'ordures, de nettoyage, de chauffage additionnel, etc. Nous ne doutons pas que de telles charges puissent être valides.

Nous avons proposé précédemment que le syndicat assume les frais liés à son démarrage[62]. Ces frais, s'ils ne sont pas inclus au budget annuel, peuvent faire l'objet d'une cotisation spéciale dans la mesure où celle-ci est validement fixée[63]. La cotisation sera exigible à une date fixe et tous les copropriétaires, y compris le promoteur, y contribueront à cette date. Par la suite, lorsque des ventes sont consenties sur les fractions, dans le même exercice financier, la cotisation spéciale pour frais de démarrage payée par le promoteur peut faire l'objet de répartitions[64]. Ainsi, le promoteur sup-

---

60 *Supra*, section 2.1.2.

61 C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, nº 427 ; C. GAGNON et Y. JOLI-CŒUR, *loc. cit.*, note 46, 161.

62 *Supra*, section 2.1.3.

63 *Supra*, section 2.1.2.

64 Serge ALLARD et Christine GAGNON, « De certaines problématiques nouvelles en droit et pratique de la copropriété divise », (2005) 1 *C.P. du N.* 253, 264-267. Idéalement, ces répartitions seront prévues dans le contrat préliminaire ou l'offre d'achat.

porte sa part dans cette cotisation, pour les fractions non vendues et ce, pour les périodes appropriées.

La contribution aux charges communes est une question passablement complexe en copropriété divise. Son application dans le contexte du démarrage du syndicat est, quant à elle, particulièrement complexe. C'est pourquoi nous suggérons que le syndicat, par son administrateur provisoire, s'assure du soutien juridique et, au besoin, comptable, de professionnels qualifiés.

B. Les registres du syndicat

Aux termes des articles 342 et 1070 du *Code civil du Québec*, le syndicat doit mettre en place les registres de la copropriété lors de son démarrage. L'article 1070 C.c.Q. se lit comme suit :

> Le syndicat tient à la disposition des copropriétaires un registre contenant le nom et l'adresse de chaque copropriétaire et de chaque locataire, les procès-verbaux des assemblées des copropriétaires et du conseil d'administration, ainsi que les états financiers.
>
> Il tient aussi à leur disposition la déclaration de copropriété, les copies de contrats auxquels il est partie, une copie du plan cadastral, les plans et devis de l'immeuble bâti, le cas échéant, et tous autres documents relatifs à l'immeuble et au syndicat.

L'expérience a démontré que ces documents ont une telle importance dans l'administration du syndicat et de la copropriété qu'ils doivent être mis en place dès le début de l'existence de la copropriété et tenus à jour soigneusement par la suite. Soulignons ici que le notaire est en mesure de fournir des services professionnels très appréciés relativement aux registres de la copropriété.

On retrouve, dans les registres de la copropriété, des informations qui portent notamment sur les copropriétaires, les locataires et les créanciers hypothécaires. On doit y retrouver l'inscription des attributions des espaces de rangement et de stationnement, le cas échéant, ainsi que de toute autre partie commune à usage restreint qui est attribuée au moyen d'un acte spécifique d'attribution.

Les registres contiennent également les états financiers du syndicat et les procès-verbaux des organes d'administration du syndicat.

On y retrouve, de plus, de nombreux documents relatifs à l'immeuble comme la déclaration de copropriété et le certificat de localisation portant généralement sur l'ensemble de l'immeuble[65].

Les plans de l'immeuble font également partie des registres du syndicat. En conséquence, l'administrateur provisoire devrait s'assurer, à la fin de son administration, d'être en mesure de pouvoir remettre aux nouveaux membres du conseil d'administration une copie de tous les plans et devis « tel que construit », une copie de tous les dessins d'ateliers des matériaux qui ont été utilisés pour la construction, incluant les fiches techniques et modes d'utilisation, surtout en ce qui concerne la mécanique et l'électricité du bâtiment. Les preuves de garantie des divers équipements et éléments de construction devraient aussi être déposées aux registres de la copropriété. Les nouveaux administrateurs apprécieront avoir en main la liste de tous les sous-traitants qui ont participé à la construction du bâtiment avec, idéalement, leurs coordonnées[66].

Les registres pourraient aussi contenir une description des parties privatives permettant d'identifier quelles sont les améliorations locatives apportées par un copropriétaire, ce qui pourrait être particulièrement utile en cas de réclamation d'assurance[67].

Tous les documents produits au Registraire des entreprises devraient aussi être déposés aux registres du syndicat.

La déclaration de copropriété définit habituellement, de manière un peu plus explicite, le contenu de ces registres. Nous proposons, en annexe, des clauses relatives aux registres de la copropriété qui pourraient être incluses à l'acte constitutif de copropriété.

---

65 À ce sujet, consulter Serge ALLARD, « De certains problèmes soulevés par le certificat de localisation en copropriété divise », (2005) 1 *C.P. du N.* 195.

66 Une bonne pratique qui peut être adoptée par les administrateurs provisoires de syndicats de copropriété est d'organiser une rencontre entre le promoteur, le chargé de projet et les nouveaux administrateurs élus à la fin de la période d'administration transitoire. Au cours de cette rencontre, les nouveaux membres du conseil d'administration et, le cas échéant, le gérant, peuvent être informés de détails techniques sur les équipements et les garanties. Si des contrats d'entretien sont en vigueur, ils peuvent alors être expliqués aux administrateurs.

67 *Galipeault* c. *Capitale assurances générales inc.*, AZ-50280858, EYB 2004-80437 (C.Q.).

Rappelons ici que les copropriétaires ont le droit de consulter ces registres[68].

Les registres de la copropriété ont une importance toute particulière relativement aux parties communes à usage restreint comme les espaces de stationnement et de rangement puisque les attributions y sont inscrites. Les informations sur les copropriétaires et les créanciers hypothécaires ainsi que leurs droits dans les fractions et les parties communes à usage restreint sont idéalement inscrites au registre au fur et à mesure où les premières ventes sont consenties par le promoteur. L'administrateur provisoire devrait s'assurer que ces registres soient mis en place et tenus à jour dès les premières ventes des fractions de copropriété du projet. Il pourrait s'avérer profitable de confier au notaire responsable de la réception de ces actes de vente la charge de mettre en place cette partie des registres de la copropriété.

De plus, on sait qu'il arrive fréquemment que des espaces communs à usage exclusif tels des stationnements ou des rangements ne soient pas entièrement aménagés lors de la publication de la déclaration de copropriété, de sorte que le déclarant ne dispose pas d'un plan exact montrant ces espaces qui pourrait être annexé à la déclaration de copropriété. Il est alors d'usage de stipuler dans la déclaration de copropriété que les plans démontrant ces espaces de stationnement ou de rangement seront déposés par le déclarant aux registres de la copropriété[69]. Lorsque c'est le cas, il faut s'assurer que le dépôt des plans aux registres de la copropriété soit effectué en bonne et due forme, par exemple, au moyen d'une résolution du conseil d'administration ou par un moyen qui permet d'en vérifier la réception par le syndicat. Le promoteur, autorisé à effectuer un tel dépôt de plan par la déclaration de copropriété pourrait aviser le conseil d'administration du syndicat, par courrier recommandé, d'effectuer un tel dépôt aux registres de la copropriété en lui transmettant les plans appropriés. Nous avons constaté qu'en pratique, il est plutôt rare que le dépôt de tels plans aux registres de la copropriété soit effectué de manière rigoureuse. Cela

---

68 Art. 1070 C.c.Q. ; *Brassard* c. *Syndicat des copropriétaires Estuaire I enr.*, AZ-50376385, 2006 QCCQ 4878, EYB 2006-108824.

69 C. GAGNON, *op. cit.*, note 13, n° 322.

crée souvent des ambiguïtés sur la qualification des parties communes ou la consistance des parties communes à usage restreint[70].

Encore une fois, lorsque le promoteur et l'administrateur provisoire ne sont pas guidés par les conseils d'un juriste bien au fait de cette problématique, le syndicat et les copropriétaires se retrouvent parfois dans des situations qui sont imprécises et qui génèrent de l'incertitude, voire des désaccords.

Le notaire qui a rédigé une déclaration de copropriété prévoyant le dépôt de plans de stationnement ou de rangement devrait théoriquement assurer un suivi sur le dépôt de ces plans. En pratique cela n'est pas toujours possible toutefois.

CONCLUSION

Le démarrage d'un syndicat de copropriété se fait régulièrement dans un état d'urgence dans un contexte où les acheteurs doivent emménager rapidement, la déclaration de copropriété étant publiée au dernier instant en raison des délais relatifs au dépôt du plan cadastral au bureau de la publicité des droits.

Le rôle du notaire, rédacteur de la déclaration de copropriété, passe alors à celui du notaire instrumentant les actes de prêt hypothécaire et de vente. Il doit rencontrer les exigences du promoteur et des acheteurs de passer ces transactions immobilières dans des délais qui relèvent souvent de l'exploit.

Les besoins du syndicat sont alors relégués à des préoccupations de moindre importance et le notaire, pas plus qu'un autre juriste d'ailleurs, ne se voit alors confier le mandat d'assister le syndicat et l'administrateur provisoire dans le démarrage du syndicat.

L'étude qui précède nous a permis d'identifier plusieurs situations qui permettent de conclure que le syndicat et l'administrateur provisoire auraient avantage à requérir un soutien juridique pour assurer la mise en place du syndicat et de son fonctionnement. Les services d'un gestionnaire professionnel seraient également souhaitables dans plusieurs projets.

---

70 *Syndicat des copropriétaires Estuaire 1 enr.* c. *Asselin*, J.E. 2003-386, REJB 2003-38859 (C.S.).

On sait que l'administration transitoire du syndicat est souvent faite de manière déficiente. Beaucoup de promoteurs sont de bonne foi dans cette démarche mais manquent de connaissances et d'organisation, en plus d'être entraînés dans la vague des livraisons des fractions aux acquéreurs. Il faut reconnaître aussi que certains d'entre eux, et la jurisprudence en donne quelques exemples, tentent de profiter de ce contexte pour s'accorder des privilèges et ne pas assumer leurs obligations.

Il serait surprenant que ces derniers requièrent des services juridiques pour le démarrage du syndicat. Quant aux autres, il nous appartient sans doute de leur faire prendre conscience du besoin que connaît le syndicat en matière de services juridiques lors de son démarrage.

Annexe

Clauses de l'acte constitutif de copropriété relatives aux registres du syndicat

Registres du syndicat

ARTICLE _. Les registres de la copropriété et du syndicat doivent être tenus et conservés sous la supervision du conseil d'administration.

ARTICLE _. Les registres de la copropriété et du syndicat comportent notamment les registres suivants :

_.1 le registre des copropriétaires dans lequel sont notamment inscrits, après notification, pour chaque fraction : les noms et adresses des copropriétaires, des locataires et des créanciers hypothécaires ;

_.2 le registre des espaces de rangement dans lequel sont notamment inscrits l'attribution des espaces de rangement conformément à l'article 13 des présentes ainsi que de tous transferts, cessions ou changements à cet égard, le registre comporte également une copie des plans démontrant ces espaces de rangement ;

_.3 le registre des espaces de stationnement dans lequel sont notamment inscrits l'attribution des espaces de stationnement conformément à l'article 13 des présentes ainsi que de tous transferts, cessions ou changements à cet égard, le registre comporte également une copie des plans démontrant ces espaces de stationnement ;

_.4 le registre des droits de vote dans lequel sont notamment inscrits les transports de vote en faveur des créanciers hypothécaires, les mandats aux fins de représentation à l'assemblée, soit par les créanciers hypothécaires, soit par les copropriétaires, en indiquant, dans la mesure du possible, les noms et adresses des mandataires et représentants des copropriétaires, des suspensions et les réductions des droits de vote, le cas échéant ;

_.5 le registre des procès-verbaux des assemblées des copropriétaires dans lequel sont conservés les procès-verbaux des assemblées des copropriétaires ainsi que toutes les résolutions écrites en tenant lieu ;

_.6 le registre des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration dans lequel sont conservés les procès-verbaux des réunions du conseil d'administration ainsi que toutes les résolutions écrites en tenant lieu ;

_.7 le registre des états financiers du syndicat ; et

_.8 le registre contenant toute déclaration faite par le syndicat au Registraire des entreprises.

ARTICLE _. Le conseil d'administration peut mettre en place tout autre registre qu'il juge pertinent ou utile au bon fonctionnement du syndicat et de la copropriété. Notamment, le conseil d'administration peut, s'il le juge utile ou pertinent, faire mention dans les registres de la copropriété, d'avis d'infraction ayant été donnés à des copropriétaires ayant fait défaut de respecter la déclaration de copropriété. Un tel avis d'infraction émis à un copropriétaire, lorsqu'il est toujours en vigueur, peut être communiqué à l'acquéreur de la fraction du copropriétaire concerné.

ARTICLE _. Les plans et devis de l'immeuble, une copie du plan cadastral, la déclaration de copropriété et toutes les modifications qui y sont apportées, que ce soit à l'acte constitutif de copropriété, au règlement de l'immeuble et à l'état descriptif des fractions ainsi que le certificat de localisation de l'immeuble doivent être conservés avec les registres de la copropriété. Il en va de même des copies de contrats conclus par le syndicat.

ARTICLE _. Conformément à la loi, les copropriétaires ont droit de consulter les registres de la copropriété ainsi que tous autres documents relatifs à l'immeuble et au syndicat. La consultation des registres de la copropriété par un copropriétaire se fait, sur rendez-vous préalablement fixé avec le

conseil d'administration ou le détenteur des registres. Le conseil d'administration peut, par résolution, fixer, de manière générale et révisable annuellement, des frais raisonnables relatifs à la consultation des registres de la copropriété. Les copropriétaires ne peuvent, en consultant les registres du syndicat, en faire des copies, à moins d'obtenir la permission écrite du conseil d'administration qui peut poser certaines conditions.

L'ADMISSION PAR LE DROIT FRANÇAIS DE LA REPRÉSENTATION DE L'HÉRITIER RENONÇANT (LOI DU 23 JUIN 2006)

Michel GRIMALDI*

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) et président de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française.

En droit successoral plus qu'ailleurs, la technique, sans doute parce qu'elle peut y être redoutable, masque parfois le fond des choses. Pourtant, l'attention légitimement portée à la mise en œuvre de la règle ne doit pas détourner d'en rechercher le sens profond.

Ainsi, les modifications d'apparence technique qu'a apportées la loi du 23 juin 2006 à la représentation successorale touchent-elles aux fondements mêmes du droit successoral. Ces modifications s'ordonnent toutes autour de l'admission de la représentation de l'héritier renonçant : admission énoncée par une règle principale (I), assortie de règles collatérales (II).

I. La règle principale

La règle mère, celle qui admet la représentation de l'héritier renonçant, figure à l'alinéa 1er du nouvel article 754 du Code civil, qui dispose : « On représente les prédécédés, *on ne représente les renonçants que dans les successions dévolues en ligne directe et collatérale* »[1].

Relevons tout de suite, pour n'y plus revenir, la maladresse de rédaction qui entache le texte : « on *ne* représente les renonçants *que* dans les successions dévolues en ligne directe et collatérale ». La représentation, en effet, n'étant admise que dans l'ordre des descendants (art. 752 C. civ.) et l'ordre des collatéraux privilégiés (art. 752-2 C. civ.), on ne voit pas où, ailleurs que dans les successions dévolues en ligne directe ou collatérale, on pourrait représenter les renonçants... Mieux eut fallu écrire, plus sobrement : « On représente aussi les renonçants » ou « Les renonçants peuvent être représentés ». De ce point de vue, le législateur de 2001 fut mieux inspiré lorsque, par la loi du 3 décembre, il admit la représentation d'un indigne : « La représentation est admise en faveur des enfants et descendants de l'indigne », dit à présent l'article 755 du Code civil.

Mais laissons-là cette coquille, pour rechercher la portée pratique (A) et la portée théorique (B) de la règle nouvelle.

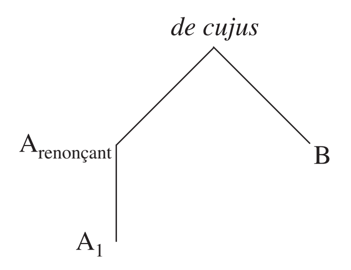
---

1 E. BERRY-BERTIN, « La représentation du renonçant : quelle représentation et quelle renonciation ? », RLDC 2006/33, nº 2320 et 2007/1.

A. Portée pratique

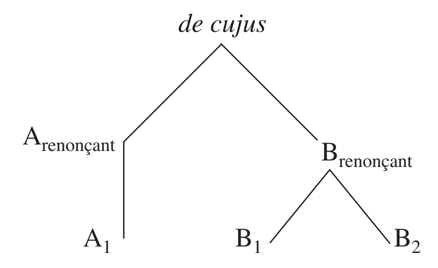
Comme toute représentation, celle du renonçant a pour portée immédiate de déroger au classement selon le degré. Elle exclut tantôt la priorité attachée à la proximité du degré, tantôt l'égalité attachée à l'identité de degré. Voici deux exemples extrêmement simples :

Exemple 1



Dans le droit antérieur, B recueillait toute la succession : héritier au premier degré, il excluait A_1, qui, faute de pouvoir représenter son auteur, restait au second degré. Désormais, la succession se partage également entre B et A_1 : A_1, pouvant représenter son auteur, bénéficie d'une promotion au premier degré.

Exemple 2



Dans le droit antérieur, A_1, B_1 et B_2 recueillaient chacun 1/3 de la succession : faute de pouvoir représenter leur auteur respectif, ils venaient à la succession de leur chef, comme héritiers de même et plus proche degré – à savoir le second. Désormais, la succession revient pour 1/2 à A_1 et pour 1/4 à chacun de B_1 et B_2, puisque, par l'effet de la représentation, A_1 d'une part, B_1 et B_2 d'autre part, accèdent respectivement au degré de A et B, et recueillent ainsi ce que leur auteur aurait reçu s'il avait accepté la succession.

Ce second exemple montre que la représentation n'est pas toujours de l'intérêt du représenté, qui, au contraire, gagnerait parfois à hériter de son chef : ici, A_1 perd 1/6 du fait de la représentation. D'où la critique – mineure – que l'on peut adresser aux articles qui, tels les articles 752-1, 752-2 et 755 du Code civil, présentent la représentation comme une « faveur » faite au représentant : « La représentation n'a pas lieu *en faveur* des ascendants » (art. 752-1) ; « La représentation est admise *en faveur* des enfants et descendants de frères ou sœurs » (art. 752-2) ; « La représentation est admise *en faveur* des enfants et descendants de l'indigne » (art. 755). Mieux vaudrait dire : « On ne représente pas les ascendants » ; « On représente les enfants et descendants de frères ou sœurs » ; « On peut représenter les indignes ». Ou encore : « Les ascendants ne peuvent être représentés » ; « Les frères ou sœurs peuvent être représentés » ; « Les indignes peuvent être représentés ».

Ces questions d'ordre rédactionnel mises à part, la réforme de 2006, si l'on veut en mesurer toute la portée pratique, doit être jointe à celle de 2001 qui a admis la représentation de l'indigne. Ensemble, ces deux réformes font que, désormais, une succession déférée à des descendants ou à des collatéraux privilégiés se partage toujours par lignes, descendantes ou collatérales : elle se divise en autant de parts égales qu'il existe de lignes où se trouve un héritier capable et acceptant. Ainsi, l'égalité des lignes ne souffre plus aucune exception. Les obstacles d'antan – indignité ou renonciation – qui, mettant une ligne hors jeu, la tenaient en échec ont été levés[2].

Mais la représentation s'en trouve outrageusement dénaturée. L'article 751 du Code civil continue, pour l'essentiel, de la définir comme l'ancien article 739 : « La représentation est une fiction juridique [« de la loi »] visant à appeler [« faire entrer »] les représentants dans les droits du représenté »[3]. Cette définition répond bien à celle que l'on donne de la représentation en général, où l'on dit que le représentant exerce les droits du représenté. Mais comment admettre que l'enfant de l'indigne ou du renonçant exerce les droits de son auteur, alors que celui-ci en a été déchu

---

2 Pour des exemples, voir M. GRIMALDI, *Successions,* 6e éd., Paris, Litec, 2001, nos 137 et suiv.

3 Les termes entre crochets sont ceux de l'ancien article 739.

ou les a abdiqués[4] ? Il eût fallu redéfinir la représentation, et dire : « La représentation a pour effet d'appeler à la succession un enfant au lieu et place de son auteur prédécédé, renonçant ou indigne ». Et peut-être même aurait-on pu carrément abandonner toute référence à la représentation et parler de *division par lignes*, comme pour les successions déférées aux ascendants ou aux collatéraux ordinaires ; et donc dire, en s'inspirant des termes de l'article 753 du Code civil : « Lorsque la succession est dévolue à des descendants, elle se divise par souches, et, s'il y a lieu, par subdivision de souches. Entre les descendants d'une souche ou d'une subdivision de souche, elle se divise par tête ».

B. Portée théorique

La portée théorique de la réforme s'apprécie au regard des fondements de la représentation.

Hier, la représentation était communément justifiée par le souci de soustraire la dévolution au hasard d'un ordre accidentel des décès : lorsque l'ordre naturel n'a pas été respecté, le père survivant au fils, elle permet de régler la dévolution comme s'il l'avait été. Et, poussant plus avant l'analyse – car il faut encore expliquer pourquoi le droit corrige ici le hasard, ce qu'il ne fait pas toujours[5] – on fondait la représentation sur l'égalité des lignes : la dévolution légale est fondée sur le devoir de famille ou sur l'affection présumée ; or, dans l'ordre des descendants et des collatéraux privilégiés, le devoir comme l'affection s'apprécient, non pas envers les enfants ou les frères et sœurs considérés isolément, mais envers les souches qu'ils forment avec leurs descendances respectives. Ainsi analysée, la représentation exprime un impératif d'égalité qui conduit à passer outre l'ordre des décès.

---

4 Il a pu être soutenu que la représentation d'un indigne ne serait pas une anomalie, car l'indignité serait une déchéance qui affecte simplement l'exercice du droit, et non son existence (F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits – Contribution à l'étude des sanctions civiles,* thèse Paris II, 2005, n° 327). Mais lorsque l'on dit, dans le droit commun de la représentation, que le représentant exerce les droits du représenté, on sous-entend qu'il les exerce pour le compte de celui-ci, et non pour son compte personnel. Or, tel n'est évidemment pas le cas dans l'hypothèse de la représentation d'un indigne. Sur cette discussion, voir S. GAUDEMET, *La représentation successorale au lendemain de la loi du 23 juin 2006,* Defrénois 2006, art. 38447, spéc. n°16.

5 À preuve l'exclusion de la représentation dans l'ordre des collatéraux ordinaires.

Sous son nouveau visage, la représentation traduit d'évidence un renforcement de cet impératif. Désormais, l'égalité des lignes se trouve élevée au rang d'un principe absolu qui conduit à écarter la règle du degré toutes les fois que celle-ci la contrarie. Le classement selon le degré est neutralisé, non plus seulement lorsque l'inégalité qu'il provoquerait résulterait d'un ordre accidentel des décès, mais aussi, depuis 2001, lorsqu'elle serait la suite de l'indignité d'un héritier ou même, depuis 2006, de sa renonciation.

Or, cette évolution n'est pas aussi évidente qu'il y paraît. Autant il serait manifestement injuste que, dans la proche parenté, le prédécès d'un héritier préjudiciât à sa ligne, autant la solidarité familiale peut fort bien expliquer que l'indignité ou la renonciation du chef de ligne soit opposable à ses descendants. Et tel était bien l'esprit de la représentation du Code Napoléon : une certaine solidarité de ligne, dans l'opprobre ou l'abnégation, excluait que des enfants prissent le lieu et place de leur auteur indigne ou renonçant ; pour venir à la succession en pareilles occurrences, il fallait qu'ils y eussent un titre personnel, qu'ils y vinssent de leur chef. À la réflexion, l'évolution qui s'est accomplie en 2001 et 2006 s'inscrit dans la vague individualiste qui submerge le droit de la famille et qui se traduit, en droit des successions, par le progrès de cette idée qu'il existerait un droit à l'héritage. L'enfant de l'indigne ou du renonçant est considéré comme titulaire du droit d'hériter – directement ou indirectement – de tous ses ascendants : droit que la faute ou l'abdication de son auteur ne saurait mettre en échec sans méconnaître la personnalité des peines et de la renonciation…[6] Reste que l'on peut repousser ce droit d'hériter, même si la loi nouvelle en offre d'autres illustrations[7]. Dans l'histoire, jamais l'héritage ne s'est justifié par l'intérêt personnel de l'héritier, mais toujours par des considérations familiales, économiques et humaines ou même humanitaires : il vise, non point à procurer à l'héritier un enrichissement que ne justifie ni son travail ni son talent, mais à illustrer et à conforter la solidarité familiale[8], à

[6] Voir également E. BERRY-BERTIN, *op. cit.*, I-A-1.

[7] *Infra*, II-A.

[8] Ce qui confirme que l'ancien régime de la représentation, en ce qu'il rendait les enfants solidaires de leurs parents indignes ou renonçants (*supra*), n'était pas une anomalie au regard de la conception classique de la succession.

garantir la meilleure exploitation des biens et à consoler chacun de sa condition de mortel[9].

II. Les règles collatérales

Ces règles précisent la portée de la représentation d'un héritier renonçant dans deux cas : lorsque, la succession une fois ouverte, le renonçant a un nouvel enfant (A) ; lorsque le renonçant est réservataire (B).

A. Le cas de survenance d'un nouvel enfant à l'héritier renonçant et représenté

Ce cas ne pouvait évidemment pas se rencontrer à l'époque où l'on ne représentait jamais une personne vivante : les morts ne conçoivent pas d'enfant…[10] Il en va différemment depuis que l'on peut représenter un indigne ou un renonçant : l'indigne n'est pas interdit de procréer, le renonçant ne s'interdit pas de donner la vie. Le cas des enfants puînés du renonçant a été réglé en 2006 comme l'avait été en 2001 le cas des enfants puînés de l'indigne : ce que les représentants du renonçant ou de l'indigne reçoivent dans la succession de leur aïeul, ils en feront, le cas échéant, le rapport

---

9 Sur ces justifications de l'héritage, M. GRIMALDI, *op. cit.*, note 2, n°s 26 et suiv. Force est, cependant, de constater que, sous d'autres aspects encore, la réforme de 2006 marque un abandon de cette vision des choses : des dispositions novatrices – comme celle qui permet à l'héritier qui n'accepte la succession qu'à concurrence de l'actif net de conserver malgré tout certains biens de la succession (art. 793 C. civ.), ou celle qui permet à tout légataire comme au conjoint survivant gratifié de cantonner son émolument à certains des biens qui lui ont été donnés ou légués (art. 1002-2 et 1094-1 C. civ.), ou encore celle (dont il sera question plus loin : *infra,* I-A) qui profite à l'enfant du représenté né postérieurement à l'ouverture de la succession – sont des règles d'aménagement de la succession dans l'intérêt personnel de l'héritier. Cela dit, d'un point de vue plus pragmatique, l'admission de la représentation d'un renonçant peut être vue favorablement, comme un facteur d'assouplissement des dévolutions successorales, par la liberté qui se trouve ainsi reconnue à un héritier de laisser sa place à ses enfants (souci de faire hériter plus jeune, et donc moins pourvu que soi ? Ou souci d'économie fiscale, par saut d'un échelon d'imposition ?).

10 On laisse ici de côté les procréations médicalement assistées avec emploi des gamètes d'une personne décédée : procréations assez marginales et interdites en droit français (art. L. 2142-2, al. 3, CSP).

à la succession de leur auteur en vue d'une égale redistribution entre les puînés et eux-mêmes (art. 754, al. 2 et 755, al. 2 et 3, C. civ.).

On n'épiloguera pas sur les difficultés pratiques que posera l'exécution de ce rapport, dont le texte précise, par un renvoi à l'article 860 du même Code, qu'il se fait comme celui des donations. Voilà, en effet, des enfants qui se retrouveront comptables envers leurs frères ou soeurs de la valeur, à la date du partage de la succession de leur auteur, des biens qu'ils auront jadis reçus dans la succession de leur aïeul ; ou, s'ils les ont entretemps aliénés, de leur valeur à la date de leur aliénation ou de la valeur des nouveaux biens qu'ils auront acquis en remploi…

C'est à sa racine même que la règle correctrice encourt la critique. On en voit bien l'inspiration : le souci d'assurer l'égalité entre tous les enfants du renonçant ou de l'indigne ; le sentiment qu'autrement la loi serait discriminatoire. Pourtant, en l'absence de cette correction, la différence de traitement entre les enfants se justifierait bien simplement par le principe fondamental de l'article 725 du Code civil, suivant lequel « pour succéder, il faut exister à l'ouverture de la succession ». Au puîné qui s'étonnerait de n'avoir point hérité de son aïeul, il suffirait de répondre tout bonnement qu'il est né trop tard… En vérité, si le législateur a jugé à deux reprises, en 2001 puis en 2006, qu'une telle réponse ne serait pas satisfaisante, n'est-ce pas qu'il a considéré, plus ou moins consciemment, que cet enfant a un… droit à hériter de son aïeul ? Qu'il ait cru devoir contourner un principe aussi fondamental que celui de l'article 725 et tenir pour discriminatoire la différence de traitement qui serait résultée de son application, seule peut l'expliquer l'idée, avouée ou inavouée, qu'il existe un droit à l'héritage, tel que toute personne unie au *de cujus* par un même lien de parenté doit pareillement venir à sa succession. Or, on a déjà dit en quoi cette idée est en elle-même très contestable. Et la déduction qui en est ici tirée vient contredire des solutions que nul ne songe à remettre en cause : qu'un enfant décède en laissant ses parents et un frère et c'est à ceux-là seuls que revient définitivement sa succession, sans que le frère posthume que ses parents viendraient ensuite à lui donner pût y réclamer quoi que ce fût.

B. Le cas où l'héritier renonçant et représenté est réservataire[11]

Ce cas suppose une succession déférée à des descendants, les collatéraux privilégiés n'étant pas réservataires. La loi précise quel est alors le taux de la réserve (a) et quel est le sort des donations rapportables faites au renonçant (b).

1. Le taux de la réserve

Alors qu'en principe l'héritier renonçant n'est désormais plus pris en compte pour déterminer le taux de la réserve, il le reste s'il est représenté (art. 913, al. 2, C. civ.).

L'exception va de soi. Le représentant venant au lieu et place du représenté, ses droits sont égaux aux siens, en quantité et en qualité. Ils sont donc réservataires si, et dans la mesure où, ceux du représenté le sont. D'où la nécessité absolue de prendre en compte la personne du représenté pour le calcul de la réserve.

Il s'ensuit pratiquement que, lorsque le renonçant est représenté, sa renonciation ne profite jamais aux tiers gratifiés, donataires ou légataires.

2. Le sort des donations rapportables faites à l'héritier renonçant et représenté

L'hypothèse est que l'héritier renonçant et représenté avait reçu une libéralité rapportable. *Quid* de cette libéralité dans le règlement successoral.

On raisonnera sur l'exemple suivant : le de cujus *laisse deux enfants, A et B ; il avait donné à A, en avancement de part successorale, un tableau valant 100 ; à sa mort, son patrimoine se compose d'une maison et d'un terrain valant chacun 100 ; A ayant renoncé à la succession, ses deux enfants,* A_1 *et* A_2*, y sont appelés par l'effet de la représentation et l'acceptent.*

11 Voir D. VIGNEAU, « Le rapport d'une donation à un renonçant », JCP 2006.1327.

Le Code civil contient deux articles relatifs à ce cas.

- Le premier, l'article 845, fixe la situation du renonçant : celui-ci ne doit pas le rapport. La loi de 2006 a maintenu cette règle qui remonte à 1804. Elle l'a simplement complétée en réservant la clause contraire. Encore cette clause doit-elle être bien comprise. Elle n'opère pas comme une condition résolutoire, qui obligerait le donataire à toujours restituer ce qu'il a reçu. Elle ne l'oblige à restituer que si – et dans la seule mesure où – il y serait obligé s'il acceptait la succession ; ce qui suppose que, dans ce cas, son rapport excéderait ses droits dans la masse et ne pourrait donc pas s'exécuter pour le tout en moins prenant.

  Reprenons notre exemple. A renonce à la succession et la donation qu'il a reçue stipule la clause contraire permise par l'article 845. Il n'est tenu d'aucune restitution, car, s'il avait accepté la succession, son rapport, égal à 100, se fût tout entier exécuté en moins prenant, ses droits dans la masse étant de 100[12]. Mais si le tableau valait 400, et non pas 100, la clause l'obligerait à restituer 100[13].

  On voit ainsi que la clause considérée se borne à neutraliser les effets de la renonciation à l'égard des cohéritiers du renonçant : elle empêche le renonçant de conserver ce qu'il devrait rendre à ses cohéritiers s'il acceptait la succession.

- Le second texte, l'article 754, alinéa 3, définit la situation du représentant. Il dispose que la donation faite à un héritier renonçant mais représenté s'impute sur la part de réserve de son ou de ses représentants. De cette imputation, il résulte que le représentant recueille une part diminuée de ce qui a été donné à son auteur. Autrement dit, il rapporte la donation, mais en moins prenant seulement : il la rapporte à concurrence de ses droits dans les biens existants au décès ; à la limite, il peut ne rien recueillir de cet actif existant ; mais il ne devra en aucun cas « restituer » sur ses biens personnels.

---

12 La masse, qui eût compris la maison (100), le terrain (100) et son rapport (100), eût été égale à 300. Et ses droits (1/3) y eussent été de 100. Il se serait donc entièrement acquitté de son rapport en moins prenant.

13 La masse, qui eût compris la maison (100), le terrain (100) et son rapport (400), eût été égale à 600, et ses droits (1/3) y eussent été de 200. Il eût donc réglé son rapport en moins prenant à hauteur de 200, mais eût été tenu de décaisser le surplus.

Pratiquement, il convient de procéder d'abord à une liquidation fictive, en faisant *comme si* le donataire renonçant avait accepté la succession et devait donc le rapport. Et alors, de deux choses l'une :

– Soit il aurait eu des droits sur les biens existant, son rapport s'effectuant pour le tout en moins prenant : ces droits sont alors ceux de son représentant ;

– Soit il n'aurait eu aucun droit sur les biens existants, son rapport étant égal ou supérieur à ses droits dans la masse : alors son représentant ne recueille rien.

Reprenons le même exemple. Si A avait accepté la succession, il eût dû rapporter 100 ; ses droits dans la masse, égale à 300, eussent été de 150 ; et, son rapport une fois exécuté en moins prenant, il eût encore reçu 50 sur les biens existants. A_1 *et* A_2 *recueillent donc ensemble 50, et B reçoit 150.*

Supposons à présent que la maison donnée vaut 400. S'il avait accepté, A aurait dû verser à B une somme égale à 100, la donation étant d'un montant supérieur à ses droits dans la masse (600 : 2 = 300). Comme il a renoncé, il ne doit rien. Mais A_1 *et* A_2 *ne recueillent rien…*

Trois précisions.

1. On se gardera d'appliquer ici l'article 848 du Code civil, suivant lequel le fils qui hérite par représentation doit rapporter ce qui avait été donné à son père, même dans le cas où il aurait renoncé à la succession de celui-ci. Ce texte, en effet, présuppose le prédécès du représenté : d'abord, parce qu'il s'agit d'une disposition qui remonte à 1804, donc à une époque où le représenté était nécessairement prédécédé ; ensuite, parce qu'il vise le cas où le représentant aurait renoncé à la succession du représenté. C'est d'ailleurs le prédécès du représenté qui justifie le rapport qu'il impose *sans limite* au représentant : du bien donné à son auteur, celui-ci a dû hériter, ou, à tout le moins, aurait pu hériter s'il n'avait renoncé à sa succession[14]. Lorsqu'en revanche le représenté est toujours en vie, il serait injuste d'exiger, *sans nuances*, du représentant qu'il rapportât un bien qu'il n'a pu recueillir dans la succession de son auteur : on comprend que ce qu'a reçu son auteur diminue,

[14] Naturellement, ce n'est là qu'une (forte) probabilité : il se peut que le bien donné ne se soit pas retrouvé – ni en nature (il avait été vendu), ni en valeur (le prix en avait été dissipé) – dans la succession du donataire.

voire anéantisse ses droits ; on ne comprendrait pas qu'il fût tenu de restituer sur ses deniers personnels.

2. La clause qui oblige le donataire au rapport alors même qu'il renoncerait (*supra,* n° 9) est sans aucune incidence sur les droits de son représentant. De deux choses l'une, en effet :

   – Ou bien, la donation n'excède pas la part que le donataire aurait recueillie s'il avait accepté la succession : la clause de rapport est alors sans effet et le donataire n'est tenu à aucune restitution ; pour autant, la règle d'imputation de l'article 754, alinéa 3, s'applique, et le représentant rapporte la donation en moins prenant.

   – Ou bien, la donation excède la part que le donataire aurait recueillie s'il avait accepté la succession : la clause de rapport joue alors, de sorte que le donataire doit restituer l'excédent ; quant au représentant, il ne recueille rien, non pas du fait de la clause de rapport, qui ne le concerne pas, mais par l'effet de la règle légale d'imputation qui ampute sa part d'une donation qui, cette fois, la dépasse.

3. La réductibilité, pour atteinte à la réserve, de la donation faite au renonçant est également indifférente au représentant. Elle ne peut lui nuire : s'il y a lieu à réduction, c'est son auteur qui la supportera. Elle ne peut lui profiter : comme la donation s'impute d'abord sur sa part de réserve, sa réductibilité sanctionne une atteinte à la réserve de ses cohéritiers auxquels, seuls, elle profitera.

*

* *

Finalement, de cet ensemble de règles se dégage le sentiment qu'il existe encore dans la ligne descendante et la ligne collatérale privilégiée une certaine solidarité. Mais ce n'est plus une solidarité personnelle, celle qui justifiait que l'on supportât les conséquences de l'indignité ou de la renonciation de son auteur. C'est une simple solidarité patrimoniale, qui oblige à décompter de sa part ce que son auteur a reçu.

RÉFLEXIONS SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE DE LA PERSONNE NON TITULAIRE DE L'AUTORITÉ PARENTALE POUR LA FAUTE OU LE FAIT DU MINEUR

Robert P. Kouri*

---

* Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

L'auteur désire remercier ses collègues Suzanne Philips-Nootens et Charlotte Lemieux qui ont lu et qui ont fait de nombreuses suggestions concernant ce texte. Toutefois, les vues exprimées sont celles de l'auteur seulement.

Introduction

En adoptant le *Code civil du Québec*, le législateur avait le souci de « rajeunir » le droit[1], y compris les règles de la responsabilité du fait du mineur, afin de tenir compte des profonds changements sociologiques et économiques apportés à la société québécoise depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Bas Canada* en 1866. La transformation du système d'éducation et les bouleversements des assises de la famille traditionnelle, incluant les développements touchant le mariage et la tendance à déléguer la surveillance et le soin des enfants à des tiers, individus et institutions, avaient rendu nécessaire l'adaptation de la législation à la réalité contemporaine.

Trois situations concernant la responsabilité du fait de l'enfant retiennent notre attention. D'abord, pour tenir compte des conséquences de la dislocation de la famille lorsque l'un des deux parents est déchu de l'autorité parentale[2], un mécanisme a été proposé en vue de responsabiliser l'ex-titulaire de l'autorité parentale pour une faute d'éducation. C'est la raison d'être de l'article 1459, al. 2 C.c.Q. Mais la rédaction de cette disposition est-elle aussi efficace qu'on aurait pu le souhaiter ?

En outre, constatant la multiplication du nombre de personnes appelées à prendre part au développement et à l'épanouissement de l'enfant, on a élargi le régime de responsabilité du fait d'autrui à tous les intervenants susceptibles de s'impliquer dans la vie quotidienne du mineur, d'où la rédaction actuelle de l'article 1460 C.c.Q. La jurisprudence et la doctrine sont-elles conformes à la lettre et à l'esprit de cette disposition ?

Enfin, de par l'engagement croissant du mineur dans la vie économique de la société, que ce soit par l'exercice d'emplois à temps partiel, à temps complet ou par des emplois d'été, on pourrait se demander si le rôle de celui-ci en tant que préposé n'aurait pas pour effet d'estomper, sinon d'anéantir à certains égards la responsabilité du titulaire de l'autorité parentale. En effet, et plus fondamentalement, les différentes modalités de responsabilité du fait d'autrui peuvent-elles être cumulées ? Logiquement,

---

1 Paul-André CRÉPEAU, « Une certaine conception de la recodification », dans Serge LORTIE, Nicholas KASIRER et Jean-Guy BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec : Contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 23, aux pages 26 à 28.

2 Art. 606 C.c.Q.

un préposé mineur est normalement sous la surveillance de son commettant et non sous celle de ses parents lorsqu'il est dans l'exercice de ses fonctions.

Nous nous proposons de commenter ces aspects controversés.

I. La responsabilité du parent déchu de son autorité parentale

Dans le but d'assurer à la victime l'indemnisation de son préjudice du fait du mineur, le législateur a élargi le principe jadis reconnu sous l'ancien *Code civil du Bas Canada*, qui énonçait la faute présumée du père, pour en faire une présomption de faute contre le titulaire de l'autorité parentale, au moyen de l'article 1459, al. 2 C.c.Q. : « Celui qui a été déchu de l'autorité parentale est tenu de la même façon, si le fait ou la faute du mineur est liée à l'éducation qu'il lui a donnée. »

Même si les sources de l'alinéa 2 sont obscures, son but est apparent : éviter la conséquence fâcheuse qu'une personne déchue de l'autorité parentale soit libérée de toute présomption à son égard alors que le parent plus « digne » serait assujetti à un fardeau plus onéreux découlant d'une imputation de faute. En l'absence de cet ajout à la règle traditionnelle de l'article 1459, al. 1 C.c.Q., la personne déchue ne serait responsable que par l'application du régime général de l'article 1457 C.c.Q., ce qui serait nettement injuste tant à l'égard du parent non déchu qu'à l'égard des tiers victimes du mauvais comportement du mineur. D'ailleurs, dans ses *Commentaires*[3], le ministre de la Justice explique l'addition de l'alinéa 2 de la façon suivante :

> Quant au second alinéa, il ajoute une précision destinée à couvrir les situations de déchéance de l'autorité parentale. Il prévoit que celui qui a fait l'objet d'une telle déchéance, bien qu'il n'ait plus la garde ou la surveillance du mineur, demeure néanmoins assujetti à la même responsabilité pour les actes dommageables qui peuvent être liés à l'éducation qu'il avait donnée au mineur. La déchéance ne doit pas constituer une cause d'exonération de la responsabilité.

---

[3] MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 890.

Cette innovation, louable en soi quant à la finalité recherchée, comporte malgré tout certaines difficultés d'application car la façon d'y parvenir demeure douteuse. En effet, la rédaction même de cette disposition permet d'aboutir à deux interprétations tant en ce qui concerne les conditions d'application que les effets de la présomption.

Selon une première façon d'interpréter le 2e alinéa de l'article 1459 C.c.Q., le demandeur serait tenu de prouver le fait fautif ou la faute du mineur causale du préjudice, et de prouver ensuite que le défendeur avait été déchu de l'autorité parentale au moment du fait dommageable. Toujours selon ce point de vue, le défendeur serait alors condamné, à moins de prouver qu'il n'a commis aucune faute dans l'éducation donnée au mineur. Il y a une certaine symétrie dans cette approche qui respecte en quelque sorte l'économie de l'article 1459 C.c.Q. dans son ensemble car, même si la personne poursuivie n'était plus chargée de la garde, de la surveillance, ni d'ailleurs de l'éducation du mineur, on pourrait malgré tout lui reprocher les suites ou conséquences néfastes d'une mauvaise éducation. Cependant, afin que soit respectée cette volonté supposée du législateur, il aurait fallu qu'il adopte une rédaction exprimant plus clairement son intention en stipulant par exemple que « la personne déchue sera tenue de la même façon, à moins de prouver qu'elle n'a elle-même commis aucune faute dans l'éducation qu'elle lui a donnée ».

Nous préférons une deuxième approche qui, comme la première, oblige d'une part la victime à prouver le fait fautif ou la faute du mineur, la causalité, le préjudice ainsi que la déchéance de l'autorité parentale chez le défendeur, mais qui exige d'autre part de la victime qu'elle soit tenue d'établir que la faute ou le fait fautif du mineur ait été « lié » à la mauvaise éducation que le parent déchu lui a donnée. Cette interprétation est, selon nous, plus conforme à la rédaction même de cet alinéa.

Si, selon la deuxième thèse, le demandeur doit établir, outre le fait ou la faute de l'enfant, que le parent déchu lui a donné une mauvaise éducation, son fardeau est alors allégé par l'existence d'une présomption de causalité en sa faveur voulant que la faute de l'enfant résulte *directement* de la mauvaise éducation fournie par le défendeur. L'exonération de ce dernier consisterait alors non plus en une simple absence de faute, mais bien en une preuve d'absence de causalité, tâche peu facile pour lui.

Fondamentalement, on doit se demander jusqu'où on peut aller dans l'interprétation d'une codification afin de « corriger » les défauts d'une rédaction que d'aucuns pourraient qualifier de lacunaire ? À notre avis, une

certaine retenue à cet égard serait de mise, car il s'agit d'interpréter plutôt que de dénaturer le texte dont la rédaction est évidente[4].

En l'absence d'indications par les tribunaux, quelle interprétation doit-on privilégier à la lumière du libellé de l'article 1459 C.c.Q. ? L'alinéa 1 crée une présomption contre le titulaire de l'autorité parentale sans la moindre allusion au mauvais comportement de ce dernier. On présume alors que le dommage causé est imputable à une faute dans la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant. L'alinéa 2 par contre, affirme clairement que la personne déchue de l'autorité parentale « [...] est tenue de la même façon », mais à la condition que le fait ou la faute soit lié à l'éducation donnée au mineur. Le comportement déficient reproché comme condition préalable est spécifiquement énoncé et doit donc être prouvé pour que la présomption s'applique.

II. La responsabilité de la personne à qui on délègue la garde, la surveillance ou l'éducation du mineur

Aux termes du *Code civil du Bas Canada*, l'article 1054 énonçait le principe que « [l]'instituteur et artisan [sont responsables] pour le dommage causé par ses (sic) élèves ou apprentis, pendant qu'ils sont sous sa (sic) surveillance ». Le terme « instituteur » ne devait prêter à aucune équivoque, visant la personne, normalement munie des diplômes requis, chargée de l'instruction et de l'éducation d'enfants. C'est la décision de la Cour d'appel dans *Institut St-Georges* c. *La Laurentienne Générale, Cie d'assurance inc.*[5] qui a remis en question la portée de cette expression. Selon les faits en cause, un garçon en fugue d'un centre d'accueil avait commis un vol. L'enfant avait été placé à l'Institut St-Georges en vertu d'une ordonnance du Tribunal de la jeunesse le confiant au Directeur de la protection de la jeunesse pour hébergement jusqu'à la majorité. Le litige devant le tribunal était de savoir si la victime pouvait bénéficier d'une présomption de faute lors d'une réclamation contre l'Institut.

---

4 D'ailleurs, même si le *Code civil du Québec* constitue le *jus commune* du droit québécois selon la disposition préliminaire du Code civil, si la rédaction de l'article est claire, l'utilisation d'un argument de texte est acceptable en droit québécois. Voir Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 329 et autorités citées.

5 [1993] R.J.Q. 1676 (C.A.).

Comme le juge de première instance[6], la Cour d'appel était d'avis qu'un enfant placé en hébergement dans un centre d'accueil[7] tel l'Institut St-Georges pouvait engager la responsabilité de cet établissement en vertu de l'article 1054, al. 5 C.c.B.C.[8] À la différence du tribunal de première instance cependant, la Cour d'appel avait décidé que le centre d'accueil s'était exonéré en apportant une preuve de diligence dans la garde et la surveillance de cet enfant, âgé de 17 ans et 10 mois au moment de l'acte fautif.

Quelques années plus tard, la décision *Jerabec* c. *Accueil Vert-Pré d'Huberdeau*, rendue cette fois-ci par la Cour supérieure[9], également sous l'autorité du *Code civil du Bas Canada*, devait suivre le « précédent » de la Cour d'appel dans l'arrêt *Institut St-Georges*[10]. D'après la poursuite, Jerabec était propriétaire d'un chalet dans lequel deux adolescents âgés de 12 et de 14 ans étaient entrés par effraction. Les garçons, en fugue d'un centre d'accueil, mirent accidentellement le feu au chalet. Le centre d'accueil en question avait comme mission l'éducation et la réhabilitation d'adolescents aux prises avec des difficultés familiales, psychosociales ou souffrant de déficiences caractérielles. Même si le centre accueillait des adolescents à problèmes, il n'était pas du type carcéral, les résidents pouvant aller et venir à leur guise. Dès que la fugue des adolescents avait été constatée, deux employés du centre avaient entrepris des recherches qui, malheureusement, s'étaient révélées infructueuses. La compagnie d'assurance, subrogée dans les droits de la victime à la suite de l'incendie, avait intenté une

---

6 [1989] R.J.Q. 1055 (C.Q.).

7 Notons que, selon la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 79(3), l'expression « centre d'accueil » est remplacée par « centre de protection de l'enfance et de la jeunesse ».

8 Selon la juge Rousseau-Houle, *Institut St-Georges* c. *Laurentienne générale (La), compagnie d'assurances inc.*, [1993] R.J.Q. 1676, 1678 (C.A.), « [e]n raison de cette mission d'éducation et de surveillance qui lui est déléguée par la loi, un centre d'accueil, tel l'Institut St-Georges, pourrait être tenu responsable du dommage causé par un bénéficiaire pendant qu'il est sous sa surveillance, conformément au régime de responsabilité établi par l'article 1054 du *Code civil du Bas Canada* à l'égard de l'instituteur ».

9 *Jerabec* c. *Accueil Vert-Pré d'Huberdeau*, (1995) 26 C.C.L.T. (2d) 208, [1995] R.R.A. 172 (C.S.), (ci-après cité aux C.C.L.T.) et commenté par Robert KOURI, « The Liability of Legal Persons Entrusted With the Custody, Supervision or Education of Minors, Case Comment on *Jerabec v. Accueil Pré-vert d'Huberdeau* », (1996) 27 C.C.L.T. (2d) 234.

10 [1993] R.J.Q. 1676 (C.A.).

poursuite en invoquant contre le centre la présomption légale de l'article 1054, al. 5 C.c.B.C.

Le Tribunal a jugé que la surveillance des jeunes par les autorités du centre était adéquate, compte tenu de sa vocation d'assurer la garde ouverte en vue de la réintégration éventuelle de ses clients. En rendant jugement, le juge a affirmé que « [la] défenderesse n'est pas visée directement dans aucun de ces paragraphes [de l'article 1054 C.C.B.C.] mais il faut admettre qu'elle peut coiffer le chapeau de l'instituteur, mais alors elle le serait *pendant qu'ils sont sous sa surveillance* »[11]. Pourtant, en motivant sa décision, le juge cite avec approbation un article d'Albert Mayrand[12], où ce dernier souligne nettement que « [...] l'article 1054 fait exception aux règles de la responsabilité civile et doit être interprété restrictivement »[13].

Certes, il y a une certaine ressemblance entre les activités des centres d'accueil et la fonction d'instituteur de l'époque en ce que les deux étaient chargés de prendre soin de mineurs et qu'ils exerçaient une vocation éducative. Mais étendre l'analogie aurait fait violence au texte du *Code civil du Bas Canada* énonçant formellement la responsabilité de « l'instituteur », « *schoolmaster* » dans la version anglaise, lequel est nécessairement une personne physique. S'il fallait étendre l'expression aux personnes morales chargées de gérer l'éducation des mineurs, on aurait pu présumer la faute des commissions scolaires, des corporations d'écoles privées, des communautés religieuses et autres institutions semblables en vertu de l'article 1054, al. 5, en dépit des termes clairs de cette disposition. À l'exception des centres d'accueil, la jurisprudence sous l'ancien code avait fait preuve de retenue et toujours refusé de faire violence au texte de l'article 1054, al. 5.

Même si, de toute évidence, ces décisions dans *Institut St-Georges* et dans *Jerabec* allaient à l'encontre des termes du *Code civil du Bas Canada*, il est paradoxal d'affirmer que, si elles avaient été rendues aujourd'hui, elles respecteraient pleinement l'esprit de l'article 1460 du *Code civil du Québec* se lisant ainsi :

> La personne qui, sans être titulaire de l'autorité parentale, se voit confier, par délégation ou autrement, la garde, la surveillance ou l'éduca-

---

11 *Jerabec* c. *Accueil Vert-Pré d'Huberdeau*, (1995) 26 C.C.L.T. (2d) 208, 214 (C.S.) (les italiques sont dans l'original).

12 Albert MAYRAND, « La présomption de faute du titulaire de l'autorité parentale et les diverses ordonnances de garde d'enfants », (1988) 33 *R.D. McGill* 257.

13 *Id.*, 270.

tion d'un mineur est tenue, de la même manière que le titulaire de l'autorité parentale, de réparer le préjudice causé par le fait ou la faute du mineur.

En incluant cette disposition dans le nouveau code, on pourrait prétendre que l'intention du législateur était d'élargir la portée des dispositions de l'article 1054, al. 5 C.c.B.C. au-delà de la responsabilité de l'instituteur et de l'artisan, afin d'engager la responsabilité de toute personne chargée de la garde, de la surveillance et de l'éducation de mineurs. Qui plus est, il a sans doute voulu contrer la portée de certaines décisions comme l'affaire *Grieco* c. *Externat Classique Ste-Croix*[14], où la Cour suprême du Canada avait décidé que la présomption de l'article 1054, al. 4 C.c.B.C., s'appliquant aux instituteurs, ne pouvait s'étendre aux moniteurs de camp d'été.

Selon les *Commentaires du ministre de la Justice*, désormais les « [...] enseignants, moniteurs de terrains de jeux, gardiens d'enfants, administrateurs de colonies de vacances ou d'établissements sportifs, par exemple, seraient donc soumis à cette règle de principe »[15]. Certains auteurs, sans doute influencés par cette explication surprenante de la portée de l'article 1460 C.c.Q., ont embrassé le point de vue que les termes du Code civil avaient simplement été élargis afin d'inclure toute personne, autre que le titulaire de l'autorité parentale, chargée de la garde d'enfants mineurs[16]. Selon Baudouin et Deslauriers :

> Désormais, toute personne qui surveille ou garde le mineur peut être tenue responsable, donc le moniteur sportif, le surveillant de récréation, l'entraîneur, le préposé d'une colonie de vacances, le gardien de

---

14 [1961] B.R. 363 ; [1962] R.C.S. 519. Selon le juge Taschereau (p. 524), « [p]our souligner davantage la différence qui existe entre les instituteurs et les directeurs de colonies de vacances, on peut s'inspirer de l'art. 245 C.C. qui donne, parce qu'il est délégué par le père ou la mère, un droit de correction à ceux à qui l'éducation d'un enfant est confiée. On ne pourrait sérieusement prétendre que les directeurs de colonies de vacances peuvent exercer ce même droit de correction ».

15 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 3, p. 890.

16 Voir Claude MASSE, « La responsabilité civile », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du Code civil*, t. 2, « Obligations, contrats nommés », Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, nº 10, p. 246 et nº 60, p. 284 ; Maurice TANCELIN, *Des obligations*, vol. 2, « L'acte illégitime et les modes d'exécution », Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, nº 459, p. 47.

parc, de piscine ou d'une autre installation, le préposé de la compagnie aérienne à qui l'enfant est confié, le centre d'accueil, etc.[17]

Mais ont-ils raison de soutenir ce point de vue ? Les codificateurs de 1866 étaient sans doute sensibles à la réalité contemporaine car, à cette époque, les rapports entre la maîtresse d'école et ses pupilles (comme ceux de l'artisan avec son apprenti) étaient habituellement très personnalisés et très étendus. La maîtresse d'école était responsable des élèves de sa classe au cours de la journée scolaire entière et pour toutes les activités en rapport avec le développement et l'éducation de chaque enfant. Les « écoles de rang » étaient très répandues à cette période. Les parents ou, plus justement, le père déléguait certains éléments de sa puissance paternelle à l'institutrice, y compris le pouvoir de discipliner son enfant[18]. À cause de cette délégation de pouvoir considérable, il était normal que l'institutrice assume une responsabilité personnelle relativement importante face aux tiers victimes d'un comportement fautif de ses élèves.

Des transformations sociologiques profondes apportées à la famille québécoise et à l'éducation des enfants ont probablement rendu cette relation traditionnelle démodée ou anachronique. Aujourd'hui, les deux parents travaillent hors du foyer, les enfants sont placés dans des pouponnières ou des garderies à un âge précoce, ils sont envoyés aux camps d'été et ils fréquentent des écoles populeuses où chaque instituteur enseigne un ou plusieurs sujets à différents groupes au lieu d'enseigner toutes les matières à un seul groupe. Des moniteurs engagés à ces fins s'occupent de la récréation et assurent une surveillance à la cafétéria pendant les repas. Face à ces phénomènes typiques de la société contemporaine, les rédacteurs du *Code civil du Québec* ont justement voulu proposer une règle reflétant une nouvelle réalité. Malheureusement, tant que l'article 1460 C.c.Q. sera interprété à la lumière du contexte social de l'ancien code et en faisant abstraction du libellé du code actuel, sa portée véritable sera toujours occultée. Il demeure incontournable qu'aujourd'hui, la garde et la surveillance des enfants sont

---

17 Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, no 681, p. 516 et 517. Ils ajouteraient à cette énumération le conjoint du parent dans une famille reconstituée (*id.*, no 682, p. 517).

18 Avant sa modification en 1977 (*Loi amendant le Code civil*, L.Q. 1977, c. 72, art. 5), le *Code civil du Bas Canada* édictait à l'article 245 que « [l]e père, et à son défaut, la mère, a sur son enfant mineur et non émancipé un droit de correction modérée et raisonnable, droit qui peut être délégué et que peuvent exercer ceux à qui l'éducation de cet enfant a été confiée ».

confiées aux commissions scolaires, lesquelles engagent des enseignants et autres préposés pour s'acquitter de leurs obligations. De même, les enfants d'âge préscolaire sont confiés aux garderies qui, à leur tour, engagent des puéricultrices ou des éducateurs pour s'occuper des bambins. On pourrait raisonner de la même façon en ce qui concerne les camps d'été[19], les ligues de sports amateurs, les activités charitables comme les Scouts, les Guides, les Harmonies et ainsi de suite, même si certains de ces groupements ou associations dépendent beaucoup de la générosité de bénévoles[20].

Il faut se garder toutefois de présumer que la délégation de la garde, de la surveillance ou de l'éducation résulte toujours d'un acte de volonté de la part des parents. En effet, il peut arriver qu'en dépit de l'objection du titulaire de l'autorité parentale, la garde de l'enfant soit confiée, dans l'intérêt de celui-ci, à certains organismes gouvernementaux comme les Centres de protection de l'enfance et de la jeunesse[21] ou autres établissements mentionnés dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*[22]. Ici, comme ailleurs, c'est en réalité à l'établissement et non aux individus œuvrant en son sein que l'on confie les enfants.

Du point de vue légal, il ne peut y avoir d'objection à la responsabilité d'une personne morale en vertu de l'article 1460 C.c.Q., par opposition à celle des administrateurs, employés ou préposés. Les personnes morales ont la pleine jouissance des droits civils[23] et sont titulaires de patrimoines[24]. Leur capacité est analogue à celle d'une personne physique, sous

---

19 Dans la décision *Fortier* c. *Rapid Reaction Hockey inc.*, AZ-99036488 (C.Q.), on a invoqué contre une école de hockey la présomption de l'article 1460 C.c.Q. lorsqu'un enfant a été blessé par un autre lors d'une partie de basketball. La défenderesse a pu s'exonérer de responsabilité nonobstant la présomption de faute. Cependant, ayant une obligation de sécurité découlant d'un contrat envers ses élèves, il nous semble que l'article 1458, al. 2 C.c.Q. aurait dû s'appliquer.

20 Évidemment, dans le cas de services offerts gratuitement ou moyennant une récompense, aux termes de l'article 1460, al. 2 C.c.Q., la responsabilité de la personne chargée de la garde, de la surveillance ou de l'éducation du mineur se détermine selon les principes de l'article 1457 C.c.Q.

21 *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, art. 79(3).

22 L.R.Q., c. P-34.1, art. 46(b) et 62.

23 Art. 301 C.c.Q.

24 Art. 302 C.c.Q.

réserve évidemment de certaines incapacités résultant de la nature même de ces entités ou d'une disposition expresse de la loi[25].

Ce déplacement de la responsabilité n'est pas dépourvu de certains avantages. En effet, même si le fardeau de prouver les éléments de l'article 1460 C.c.Q. repose sur la victime[26], cette tâche est en quelque sorte atténuée car la partie demanderesse n'a qu'à déterminer l'entité juridique à laquelle a été confié l'enfant, plutôt que de devoir identifier l'individu qui s'occupe effectivement du mineur au moment de l'acte fautif de ce dernier. Au lieu de se demander, par exemple, quel enseignant a la surveillance de l'enfant lors d'un accident à l'école, on sait que l'enfant est sous la garde de la commission scolaire concernée.

Au début, la jurisprudence semble ne pas avoir voulu entériner ce point de vue. La décision *Turmel* c. *Commission Scolaire Rouyn-Noranda*[27] illustre cette ambivalence en ce qui concerne l'identification du responsable du fait d'autrui. Pendant la récréation, une jeune fille âgée de neuf ans est saisie par le bras par un camarade de classe qui, en la faisant tournoyer, lui fait perdre l'équilibre. Elle est projetée au sol, subissant ainsi des blessures à la bouche. La requérante reproche à la commission scolaire un manque de surveillance dans la cour de récréation. Dans son jugement de rejet, la Cour affirme :

> Il est incontestablement établi qu'un enseignant ou une maison d'enseignement qui a charge d'élèves fait partie de la catégorie de personnes à qui on transfère momentanément ou provisoirement les attributs de l'autorité parentale.[28]

La démarche de la Cour, ici, est d'appliquer la présomption de l'article 1460 C.c.Q. contre l'enseignante, prétextant que c'était elle qui avait la garde, la surveillance ou l'éducation du mineur fautif, pour ensuite retenir la responsabilité de la commission scolaire en tant que commettante de

---

25 Art. 303 C.c.Q.

26 Seule la victime d'une faute du mineur peut invoquer les dispositions de l'article 1460 C.c.Q. Les parents-défendeurs d'un enfant en ayant agressé un autre dans la cour de l'école, ne peuvent agir en garantie sur la base de cet article contre la commission scolaire en alléguant un manque de surveillance de la part de son personnel. Voir *Simard* c. *T.(M.)*, EYB 2006-108847, par 25 (juge Pierre Lortie) (C.Q.).

27 [1996] R.R.A. 227 (C.Q.).

28 *Id.*, 228.

l'institutrice sous l'article 1463 C.c.Q. Cependant, les défenderesses ont su s'exonérer en prouvant que la surveillance était malgré tout adéquate[29].

Par contre, la majorité des décisions rendues sur la base de l'article 1460 C.c.Q. affirme que, dans le domaine scolaire, la garde, la surveillance ou l'éducation sont bel et bien confiées à la commission scolaire et non aux enseignants à son emploi[30]. C'est le cas dans *Salova* c. *Commission Scolaire du Sault St-Louis*[31] concernant un enfant de neuf ans blessé alors qu'il jouait au ballon chasseur pendant la récréation[32]. On a décidé que c'était à la commission scolaire de s'exonérer de la présomption de faute de surveillance et celle-ci a réussi à renverser la présomption pesant contre elle. Il en est de même dans *Gingras* c. *Commission Scolaire des Chutes de la Chaudière*[33], un recours pour blessures corporelles causées à un garçon de 17 ans lors d'une partie de football sans plaquage pendant les heures sco-

29 On a suivi de très près le même raisonnement dans la décision *Racine* c. *Municipalité d'Hébertville*, AZ-50311840 (C.Q.), où un accident sur un terrain de jeu est à l'origine de la poursuite. Des jeunes de 10 et 11 ans se rendent dans un lieu d'entreposage pour prendre de l'équipement sportif. Un garçon déplace brusquement un diable et sectionne accidentellement le tendon d'Achille de son compagnon. En statuant en faveur de la victime, la Cour a retenu le défaut de surveillance des responsables du groupe en vertu de l'article 1460 C.c.Q. pour aboutir à la responsabilité de la municipalité en vertu de l'article 1463 C.c.Q.

30 À l'exception de quelques décisions que nous décrivons dans le texte, il serait fastidieux et superfétatoire de résumer tous les jugements faisant partie d'un *corpus* jurisprudentiel qui abonde dans le même sens. Nous les mentionnons à titre d'information : voir *Bouchard* c. *Bergeron*, REJB 1998-07877 (C.Q.) ; *Mottet* c. *Commission scolaire Sir-Wilfrid-Laurier*, AZ-50133528 (C.Q.) ; *Derbali* c. *École Louisbourg*, AZ-50172808, B.E. 2003BE-670 (C.S.) (même si le juge étudie l'application de l'article 1460 C.c.Q. à l'égard d'une commission scolaire, ses affirmations sur la question sont *obiter* car l'action a été jugée prescrite) ; *Bussières* c. *Commission scolaire Rouyn-Noranda*, AZ-50227862 (C.Q.) ; *Durocher* c. *École secondaire des Patriotes*, AZ-50272581 (C.Q.) ; *Berteau* c. *Paquin*, AZ-50353799 (C.S.) ; *Denis* c. *Commission scolaire de la Rivière-du-Nord*, AZ-50371629 (C.Q.) ; *Montmagny* c. *Commission Scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 QCCQ 5864.

31 [1995] R.R.A. 555 (C.Q.).

32 La commission scolaire s'est exonérée de la présomption (de responsabilité, de dire le Tribunal) pesant contre elle en prouvant qu'elle avait fourni une surveillance adéquate, que l'acte était imprévisible et comportait un risque inhérent à l'exercice de ce sport.

33 [1998] R.R.A. 625 (C.Q.).

laires sur le terrain de l'école secondaire qu'il fréquentait. Faisant référence à la décision dans *Turmel* et plus particulièrement à l'extrait reproduit ci-haut, la Cour a imputé la présomption de l'article 1460 C.c.Q. à la commission scolaire plutôt qu'au surveillant du terrain sportif. Ici également on a exonéré la défenderesse car l'acte de l'enfant qui avait plaqué la victime était un acte spontané et imprévisible. Une autre poursuite, *Dadkhah* c. *Commission Scolaire Marguerite-Bourgeois*[34], résultant de blessures subies par une jeune fille de 13 ans lors d'une partie de hockey Cosom dans le cadre d'un cours d'éducation physique, a connu un dénouement semblable, le geste de l'enfant cause de la blessure étant imprévisible.

La victime dans la cause *Simard* c. *Proulx*[35] a connu plus de succès, car la responsabilité de l'élève ayant commis une agression a été retenue, même si la commission scolaire a su s'exonérer. Il s'agissait d'une frasque entre deux garçons de 12 ans dans la cour de l'école pendant la récréation. La victime a voulu empoigner son confrère de classe par les épaules pour le tourner en direction d'une autre élève de façon à permettre à celle-ci de prendre sa photo. Ne voulant pas être photographié, ce dernier a assené un coup de poing dans l'œil gauche de l'élève qui l'importunait. Malgré l'affirmation du Tribunal qu'on avait confié l'enfant à la commission scolaire[36], celle-ci a quand même pu prouver qu'elle n'avait pas commis de faute.

De toute évidence, à la lecture de la jurisprudence, nous constatons que, nonobstant l'application de la présomption de faute de l'article 1460 C.c.Q., les autorités scolaires réussissent à s'exonérer avec une certaine facilité.

De plus, la rigueur de l'article 1460 C.c.Q. est allégée de façon significative par son alinéa 2, se lisant ainsi : « Toutefois, elle n'y est tenue, lorsqu'elle agit gratuitement ou moyennant une récompense, que s'il est prouvé qu'elle a commis une faute. »

Bien qu'apparemment clair, ce texte soulève quelques interrogations que les *Commentaires du ministre de la Justice* ne résolvent pas complètement.

---

34 [2002] R.R.A. 1379 (C.Q.).

35 [2004] R.R.A. 624 (rés.), REJB 2004-59869 (C.S.).

36 *Id*., par. 10.

Le second alinéa, lui, est nouveau par rapport au droit antérieur. Il vient atténuer la rigueur de la responsabilité de cette personne à qui est confié le mineur, lorsqu'elle agit gratuitement ou moyennant une récompense, que celle-ci prenne la forme d'un don, d'un dédommagement ou d'une autre compensation ; il supprime aussi la présomption de faute qui joue normalement pour ne retenir la responsabilité de cette personne que si une faute de sa part est prouvée. Cette atténuation, qui évite de nuire indûment à l'exercice de fonctions socialement utiles, telles celles des gardiens occasionnels d'enfants à la maison, a semblé raisonnable dans ces cas.[37]

D'abord, on peut s'interroger sur les modalités de son application. En défense à une action fondée sur l'alinéa 1 de l'article 1460 C.c.Q., doit-on prouver qu'on a agi gratuitement ou moyennant une récompense, ou le demandeur assume-t-il le fardeau d'établir qu'en plus des autres éléments de l'alinéa 1, le défendeur agissait en vue d'une rétribution ou rémunération ? Le libellé de l'alinéa en question suggère que la première interprétation est non seulement plus conforme à l'esprit du Code, mais encore à sa rédaction même. D'ailleurs, imposerait-on comme condition préalable aux victimes le devoir de s'informer sur le maquis des rapports économiques pouvant exister entre le présumé fautif et les tiers ?

Bien entendu, dans le cas de l'application du régime général de l'article 1457 C.c.Q., la victime perd non seulement l'avantage d'une présomption de faute dans la garde, la surveillance ou l'éducation du mineur, mais elle se trouve également privée d'une présomption de causalité qui est occulte mais non moins réelle[38]. En effet, en évoquant l'article 1460, al. 1 C.c.Q., la personne à qui on confie certaines tâches aurait non seulement le fardeau de se disculper d'une faute présumée, mais elle serait aussi assujettie à la présomption que ses manquements quant à la garde, la surveillance ou l'éducation ont été directement causals du préjudice. Par contre, sous l'article 1457 C.c.Q., il serait possible dans bien des cas de prouver que la garde, la surveillance ou l'éducation du mineur ont été déficientes,

---

37 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 3, p. 890 et 891.

38 Dans le cas de la responsabilité du fait du mineur, on présume non seulement qu'il y a eu défaut de garde, de surveillance ou d'éducation de la part du répondant, on présume également que ces déficiences présomptives étaient *directement* causales du préjudice.

mais il ne s'ensuivrait pas que ces manquements auraient directement et immédiatement causé le préjudice.

Il est évident que les individus agissant de façon désintéressée, comme un proche qui accepte de surveiller un enfant pendant quelques heures pour rendre service[39], l'adolescente gardant l'enfant lors d'une sortie des parents, les parents-secours fournissant un refuge à un enfant en détresse, ou toute autre personne bienfaisante ne seront pas tenues responsables, à moins que ne soient prouvés les éléments de l'article 1457 C.c.Q.

Mais à l'exception de ces cas clairs, l'alinéa 2 dissimule quelques difficultés d'interprétation. Commençons par les expressions utilisées. Certes, on ne peut prétendre que l'expression « gratuitement » prête à confusion. Mais peut-on soutenir la même chose à l'égard du membre de phrase « moyennant une récompense » ?[40] Baudouin et Deslauriers ont raison d'analyser cette expression avec retenue, décrivant la récompense comme « [...] probablement une somme peu élevée et non un véritable salaire »[41]. Selon le dictionnaire *Robert*, la récompense est « [...] un bien matériel ou moral donné ou reçu pour une bonne action, un service rendu, des mérites particuliers »[42]. Par contre, le mot « rémunération » est défini comme « [...] l'argent reçu en récompense, pour le prix d'un service »[43].

Selon la définition, une récompense signifie l'absence d'obligation de verser une contrepartie pour une action ou un service altruiste de par sa nature[44]. À la rigueur, l'adolescente baby-sitter n'agit pas dans le but de faire une libéralité aux parents de l'enfant gardé. La finalité poursuivie est habituellement purement intéressée. Pourtant, c'est le cas typique que le législateur avait en vue en adoptant cette disposition. Il semble donc vouloir introduire la notion de « modicité » à l'égard de la rémunération versée afin d'échapper à la présomption de l'alinéa 1 de l'article 1460 C.c.Q.

---

39 *Chartrand* c. *Duquette*, AZ-50258053 (C.Q.) (dame gardant son neveu âgé de 10 ans, qui cause des dommages à une clôture avec sa mobylette).

40 La version anglaise dit «*for reward*».

41 J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 17, nº 691, p. 520.

42 *Le Robert verbo* «récompense».

43 *Le Robert verbo* «rémunération».

44 Notons qu'exceptionnellement, l'offre de récompense peut faire naître un contrat à titre onéreux ; voir l'article 1395 C.c.Q.

Comment juger si le montant versé est effectivement modique ou simplement nominal ? Doit-on l'évaluer en corrélation avec la fortune de la personne recevant la « récompense » ou plutôt en fonction de la valeur du travail ou du service rendu ? Une certaine somme pour l'adolescente gardant un enfant pendant quelques heures le samedi soir serait appréciable pour elle tandis que ce même montant aux yeux d'une personne majeure exerçant le métier de gardienne d'enfants serait probablement moins impressionnant. Il nous semble qu'afin d'éviter l'écueil de l'arbitraire dans la détermination de l'importance de la rémunération reçue, et donc dans la qualification du régime de responsabilité applicable, il serait préférable d'évaluer objectivement la récompense versée et non la qualité de la personne recevant cette rétribution[45]. Un autre élément pertinent afin de qualifier la relation entre les parties serait la fréquence et la durée des rapports lorsqu'une récompense est versée. En effet, rendre service occasionnellement serait typique des circonstances donnant ouverture à l'exception de l'article 1460, al. 2 C.c.Q.

Pour les individus, l'évaluation de l'importance de la rémunération versée pour la garde, la surveillance ou l'éducation du mineur est relativement facile. Mais lorsque la délégation de ces pouvoirs est faite à un organisme ou une entité possédant la personnalité juridique, la caractérisation devient un exercice plus complexe. Par exemple, les écoles publiques sont soutenues financièrement par les subventions de l'État ainsi que par les taxes foncières des contribuables. Même si les parents n'ont pas à verser directement des frais de scolarité, les commissions scolaires, bien que sans but lucratif, ne sont pas des œuvres philanthropiques ou de bienfaisance. Elles ne peuvent donc bénéficier de l'exception de l'article 1460, al. 2 C.c.Q.

En ce qui concerne les œuvres de charité comme les Scouts, les Guides[46] ou autres regroupements caritatifs offrant leurs services gratuite-

---

45 Par exemple, dans *Promutuel Bagot, Société d'assurance générale* c. *ING Groupe Commerce, compagnie d'assurance*, REJB 2001-27672 (j. Dufresne) (C.S.), on a invoqué contre une grand-mère la présomption de l'article 1460, al. 1 C.c.Q. car cette dernière gardait ses quatre petits-enfants pour la somme de 180 $ par semaine, dont 90 $ payable par chacune de ses deux filles. La grand-mère a réussi à repousser la présomption. Une des enfants, âgée de sept ans, avait trouvé des allumettes et avait mis feu au logement.

46 *Gilmore* c. *Girl Guides of Canada*, AZ-50377146 (C.Q.) (une « *brownie* » qui en blesse une autre en dansant ensemble lors d'une activité de fin de semaine).

ment ou pour une somme nominale, il importe de ne pas tirer profit de la générosité des tiers qui contribuent à ces œuvres et de ne pas métamorphoser le régime de responsabilité de droit commun en un régime de faute présumée. Comme nous venons de l'affirmer, le fait de détenir le statut d'organisme à but non lucratif n'est pas pertinent à la discussion. Il importe surtout de savoir si l'entité en question reçoit ou non un financement de plein droit du gouvernement comme c'est le cas des écoles publiques, des centres d'accueil. On doit donc distinguer les organismes non lucratifs de par leur nature, et qui bénéficient de subventions, des entités qui sont aussi non lucratives mais qui dépendent de la philanthropie du public. Ainsi, un camp d'été géré par une fondation et destiné à accueillir des enfants venant de milieux défavorisés n'aurait pas à supporter le fardeau d'une présomption de faute. En reconnaissant que c'est à la fondation que l'on confie la garde de l'enfant et non au personnel salarié de l'œuvre en question (moniteurs, éducateurs, surveillants, etc.), on éviterait de lui imposer une responsabilité plus lourde en recourant subtilement à l'article 1460, al. 1 C.c.Q. pour les employés et à l'article 1463 C.c.Q. pour l'employeur[47]. Certes, on pourrait toujours passer par l'article 1457 C.c.Q. contre un employé négligent afin de rejoindre son commettant par l'article 1463 C.c.Q., mais la difficulté serait de prouver que la faute du préposé est *directement* causale du préjudice à la suite de l'acte d'un enfant sous sa surveillance.

---

47 Par exemple, dans la décision *Turmel* c. *Commission Scolaire Rouyn-Noranda*, [1996] R.R.A. 227 (C.Q.), on semble avoir procédé de cette façon. Il s'agit d'une poursuite pour blessures causées à une fillette de neuf ans par un autre élève de l'école. En rejetant l'action, le juge D. Lavergne écrit à la p. 228 : « Aux termes des articles 1459, 1460 et 1463 du *Code civil du Québec*, l'intimée est tenue de réparer le préjudice causé par la faute de l'un de ses préposés, en l'occurrence ici, l'enseignant. Et de son côté, l'enseignant est présumé avoir commis une faute lorsqu'une personne mineure à l'égard de qui il doit exercer la garde, la surveillance ou l'éducation cause un préjudice à autrui. » On a exprimé l'opinion qu'un « [...] enseignant ou une maison d'enseignement qui a charge d'élèves fait partie de la catégorie de personnes à qui on transfère momentanément ou provisoirement les attributs de l'autorité parentale » (*id.*). Il en est de même dans le jugement *Gingras* c. *Commission Scolaire des Chutes de la Chaudière*, REJB 1998-04321, par. 27 (C.Q.), bien que la Cour ait aussi affirmé au par. 11 du jugement que l'article 1460 C.c.Q. s'imposait à la commission scolaire défenderesse. De la même façon, dans la décision *Bouchard* c. *Bergeron*, REJB 1998-07877, par. 13 (C.Q.), on a appliqué la présomption contre la commission scolaire.

III. Le cumul des responsabilités découlant du fait ou de la faute du mineur

Il est admis en droit québécois que le mineur peut agir en tant que préposé et que sa faute peut engager la responsabilité de son commettant, à condition de respecter par ailleurs les exigences de l'article 1463 C.c.Q.[48]

Là où il y a controverse, même si la question ne semble pas avoir été formellement débattue devant nos tribunaux, c'est au niveau du cumul des responsabilités pour le fait ou la faute du mineur. Peut-on admettre la possibilité de retenir à la fois la responsabilité du titulaire de l'autorité parentale, ou de la personne non titulaire de l'autorité parentale chargée de la garde, de la surveillance ou de l'éducation du mineur, et celle du commettant ?

Deux arguments semblent être à l'origine du point de vue rejetant le cumul, d'une part une objection de principe d'origine française à la notion de cumul en matière de responsabilité du fait d'autrui et d'autre part, la rédaction même de l'article 156 C.c.Q. décrétant une présomption de capacité du mineur exerçant un métier, une profession ou occupant un emploi.

En ce qui concerne la question fondamentale du cumul des régimes de responsabilité du fait d'autrui, on pourrait se demander comment, logiquement, un préposé mineur fautif qui est sous le contrôle, la direction et la surveillance du commettant engagerait en même temps la responsabilité de ses parents ou de toute autre personne à qui on a délégué certains pouvoirs sur lui, pour une faute présumée liée à un défaut de surveillance de leur part ?

La question a déjà été soulevée en France. À l'origine, la jurisprudence affirmait qu'en vertu de l'article 1384, al. 4 C.c.fr., la responsabilité des parents pour le fait de leurs enfants reposait effectivement sur la notion de faute, c'est-à-dire une faute d'éducation et de surveillance[49], et ce mal-

---

48 Par exemple, *Chemlal* c. *Ville de Montréal*, EYB 2004-81010, par. 26 (C.Q.) (l'assistante-monitrice d'un camp de jour, âgée de 15 ans, est la préposée de la Ville de Montréal).

49 Voir Civ., 12 oct. 1955, D. 1956.301, note Rodière ; Civ., 20 juill. 1957, D. 1958.111, note Blanc.

gré une rédaction peu explicite quant aux fondements de la responsabilité des parents[50].

La jurisprudence française est venue préciser les rapports entre les différents régimes de responsabilité du fait d'autrui. Par son arrêt du 18 mars 1981[51], la Cour de cassation a décidé que ces régimes n'étaient pas cumulatifs, mais alternatifs. Ce jugement portait sur la poursuite de la victime d'un accident de circulation, blessée par un véhicule non assuré et conduit par un mineur agissant sous les ordres de son employeur. On avait recherché sans succès la condamnation du père du mineur[52] car ce dernier était assuré contre sa responsabilité.

De prime abord, cette façon de voir avait une certaine cohérence : comment le mineur pourrait-il être sous la surveillance ou l'autorité de deux personnes distinctes n'ayant aucun lien juridique commun avec lui ? Pouvait-on reprocher aux parents un manque de surveillance de leur enfant lorsque ce dernier, à l'occasion de son travail, causait préjudice à un tiers ?

Mais l'évolution du droit français dans le domaine de la responsabilité parentale ne s'est pas arrêtée là. L'arrêt *Bertrand*[53], concernant la responsabilité des parents pour la faute de leur enfant de 12 ans, impliqué dans un accident de circulation, est venu confirmer un courant jurisprudentiel amorcé par la célèbre cause *Fullenwarth*[54] et a approuvé le principe que les parents étaient responsables « de plein droit » du fait de leur enfant, et qu'ils ne pouvaient s'exonérer que par une preuve de faute de la victime ou de force majeure. Une preuve d'absence de faute dans la surveillance et l'éducation de l'enfant ne serait plus suffisante. Ainsi la *faute* des parents ne devait plus figurer dans l'application de l'article 1384, al. 4 C.c.fr.[55], ces derniers étant assujettis désormais à une présomption de responsabilité.

---

50 Selon le libellé de l'article 1384, al. 4 C.c.fr., « [l]e père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ».

51 Civ. 2e, 18 mars 1981, J.C.P. 1981.IV.201, D. 1981.I.R.319, note Larroumet.

52 Selon le droit de l'époque, le seul responsable du fait de l'enfant.

53 Civ. 2e, 19 févr. 1997, D. 1997.J.265, note Jourdain, J.C.P. 1997.II.22848, concl. Kessous, note Viney, *Gaz. Pal.* 1997.I.572, note Chabas.

54 Ass. plén. 9 mai 1984, D. 1984.J.525, concl. Cabanes, note Chabas (un enfant de sept ans crève l'œil d'un camarade en tirant une flèche avec un arc qu'il avait confectionné).

55 P. JOURDAIN, *loc. cit.*, note 53, 266.

Dans l'affaire *Levert*[56], la Cour de cassation est venue faire de la surenchère à l'égard de la responsabilité parentale en décidant que « [...] la responsabilité de plein droit encourue par ses père et mère du fait des dommages causés par leur enfant mineur habitant avec eux n'est pas subordonnée à l'existence d'une faute de l'enfant ». Cette solution a reçu l'aval de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 13 décembre 2002[57], confirmant l'absence d'obligation de prouver la faute ou le fait fautif de l'enfant. La responsabilité parentale pourrait être engagée par un simple fait causal du mineur.

Ce changement dans le fondement de la responsabilité parentale devait donc, en toute logique, faire disparaître l'objection au cumul puisque désormais, les recours reposeraient sur deux bases différentes : la responsabilité du commettant serait engagée par la faute du mineur préposé et celle des parents par le simple fait de l'enfant. Mais même cette façon de justifier le cumul semble dépourvue de cohérence, de dire G. Viney et P. Jourdain :

> Sans même insister sur le caractère sibyllin du motif invoqué, la solution paraît, à vrai dire, totalement arbitraire. En effet, à supposer même que l'application du régime de la responsabilité des père et mère soit incompatible avec celle d'un autre régime de responsabilité pour autrui – ce dont on cherche en vain la raison – on ne voit vraiment pas au nom de quoi c'est ce régime qui devrait s'effacer au profit des autres.[58]

---

56 Civ. 2e, 10 mai 2001, D. 2001.J.2851, rapp. Guerder, note Tournafond.

57 Ass. plén. 13 déc. 2002 (2 espèces), D. 2002.J.231, note Jourdain. Dans sa note, Jourdain souligne l'illogisme de la solution prônée par la Cour de cassation. Écrit-il (p. 234), « [...] les parents sont désormais plus responsables que le mineur lui-même et surtout que, paradoxalement, ils sont responsables pour un fait qui serait insusceptible d'engager leur propre responsabilité s'ils en avaient été les auteurs ».

58 Geneviève VINEY et Patrice JOURDAIN, *Traité de droit civil*, *Les conditions de responsabilité*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1998, no 891, p. 1010 et 1011. D'ailleurs, François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette sont du même avis : « [Il] parait normal de reconnaître à la victime la possibilité de poursuivre tous les responsables, aux fins d'une condamnation *in solidum*, soit de n'en poursuivre qu'un seul, celui-ci ayant en principe la possibilité d'attraire les autres en cause, soit d'exercer contre eux des actions récursoires en vue de la répartition finale du poids de la réparation. » François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil*, *Les obligations*, 9e éd., Paris, Dalloz, 2005, no 857, p. 830.

D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour de cassation semble encline à maintenir cette tendance car déjà dans son arrêt du 4 juin 1997[59], elle a admis le cumul de la responsabilité des parents et de celle de l'instituteur.

L'autre argument contre le cumul, celui basé sur la portée de l'article 156 C.c.Q., n'est pas aussi facile à réfuter. À l'article 156 C.c.Q., on émet le principe que « [...] le mineur de quatorze ans et plus est réputé majeur pour tous les actes relatifs à son emploi, ou à l'exercice de son art ou de sa profession ». D'après les *Commentaires* du ministre de la Justice[60], cet article « [...] n'apporte que des modifications d'ordre terminologique au principe articulé à l'article 1005 C.c.B.C. ». Afin de bien saisir le sens de cette remarque, il est important de se rappeler que l'article 1005 C.c.B.C. affirmait que « [...] le mineur banquier, commerçant ou artisan, n'est pas restituable pour cause de lésion contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce, ou de son art ou métier »[61].

Pourtant, la généralité de l'énoncé de l'article 156 C.c.Q. est sans nuance : le mineur concerné « est réputé majeur ». On pourrait donc en tirer la conclusion que le mineur de 14 ans exerçant un emploi serait assimilé au majeur pour les actes relatifs à cette activité économique. En poursuivant ce raisonnement, pour les fins d'une telle activité, le mineur ne serait plus assujetti à l'autorité parentale avec la conséquence que le titulaire de l'autorité parentale n'aura pas, advenant une faute du mineur, à repousser la

59 Civ. 2e, 4 juin 1997, D. 1997.I.R.159. Depuis ce jugement, la Cour de cassation a réitéré cette position dans des cas impliquant la responsabilité des parents et des établissements scolaires pour la faute d'élèves mineurs. Voir Civ. 2e, 29 mars 2001, J.C.P. 2002.II.10071, note Prégent ; Civ. 2e, 6 juin 2002, D. 2002.2750, note Huyette. Dans son commentaire du jugement de la Cour de cassation du 5 février 2004, (Civ. 2e, 5 févr. 2004, 12-15383), David Bertol (« L'articulation entre la responsabilité parentale et la responsabilité des tiers, gardiens temporaires », *Petites affiches* LPA, 24 juin 2005, no 125, p. 14) affirme : « Cette responsabilité pour faute du gardien temporaire de l'enfant n'exclut pas celle sans faute des parents, un cumul de responsabilités est toujours possible même si l'hypothèse ne se présentait pas en l'espèce puisqu'aucune faute n'a été relevée à l'encontre [du gardien temporaire]. »

60 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 3, p. 113.

61 En droit français, l'article 1308 du Code Napoléon, texte ayant inspiré la rédaction de l'article 1005 C.c.B.C., était pratiquement analogue : « Le mineur commerçant, banquier ou artisan, n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris à raison de son commerce ou de son art. » Pour sa part, l'article 1308 C.c.fr. énonce également que « [l]e mineur qui exerce une profession n'est point restituable contre les engagements qu'il a pris dans l'exercice de celle-ci ».

présomption de faute de l'article 1459, al. 1 C.c.Q. Deleury et Goubeau affirment par ailleurs que dans le cadre d'une activité rémunératoire, le mineur de 14 ans doit « [...] être traité comme une personne autonome et responsable »[62].

Nonobstant la rédaction de l'article 156 C.c.Q., il nous semble pourtant que le législateur n'avait pas pour intention de s'éloigner du principe admis par l'ancien code, et d'assimiler le mineur de 14 ans au majeur à toutes fins de droit, et surtout pas de le comparer au majeur en matière de responsabilité civile[63]. L'article n'a pour but que de priver le mineur exerçant un emploi[64] du droit d'invoquer la lésion et, implicitement, de lui reconnaître le droit d'agir seul sans la nécessité d'être représenté au regard des actes liés à son emploi, art ou profession. L'on se rappellera que le mot « emploi » a comme connotation « l'activité rétribuée d'une personne »[65]. À plus forte raison, l'article 156 C.c.Q. n'aurait aucune pertinence à l'égard du préposé mineur ne recevant aucune rémunération. Affirmer le contraire aurait pour effet de permettre le cumul des responsabilités du titulaire de l'autorité parentale et du commettant, lorsque le mineur est préposé bénévole ou non rémunéré, et de l'écarter dans le cas du mineur employé. Pourtant, dans les deux cas, le mineur serait assujetti au contrôle, à la direction et à la surveillance du commettant. On ne peut donc écarter sur cette base la responsabilité du titulaire de l'autorité parentale pour la faute du mineur préposé exerçant un métier ou une profession.

Au Québec, un des buts fondamentaux, sinon la finalité première, de la responsabilité civile est d'assurer l'indemnisation adéquate de la victime[66]. Un des moyens privilégiés pour atteindre ce résultat est d'offrir à la victime des répondants du fait d'autrui car règle générale, les parents sont plus solvables que leur enfant mineur, le commettant dispose de plus de

---

62 Édith DELEURY et Dominique GOUBAU, *Le droit des personnes physiques*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, no 453, p. 407.

63 Selon Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, no 981, p. 473 : « Le principe énoncé à l'article 156 C.c.Q. n'est pas véritablement de droit nouveau : les articles 323 et 1005 C.c.B.C. prévoyant une semblable intangibilité pour les actes posés dans un cadre économique. »

64 Ou encore le mineur exerçant un art ou une profession.

65 Voir *Le Robert*, *verbo* « emploi ».

66 J.-L. BAUDOUIN et P. DESLAURIERS, *op. cit.*, note 17, no 11, p. 6.

ressources que son employé, etc.[67] L'existence de présomptions de faute ou de responsabilité n'empêche pas « [...] la recherche d'autres personnes, sous d'autres chefs, pour le même préjudice »[68].

Nous devons reconnaître cependant que les parents d'un préposé mineur fautif qui causerait préjudice à un tiers, auraient une certaine facilité à s'exonérer car normalement, au moment de l'événement, l'enfant serait sous la surveillance du commettant et non des parents, sauf si, bien entendu, « [...] le fait dommageable est celui d'un enfant caractériel ou peut être rattaché à une faute dans l'éducation »[69].

Conclusion

À l'examen des divers aspects de la responsabilité du fait du mineur, nous constatons que la réforme du Code civil, louable en soi, n'a pas toujours su atteindre les buts recherchés. La responsabilité de celui qui est déchu de l'autorité parentale en est une illustration pertinente. Au lieu de faciliter la tâche de la victime en créant une présomption de faute dans l'éducation de l'enfant, faute en quelque sorte analogue à celle du titulaire de l'autorité parentale, on lui impose le devoir de prouver que l'enfant a reçu une mauvaise éducation de ce parent et que cette faute est « liée » à ce manquement. Certes, en fin de compte, la victime ayant relevé le défi de prouver ces éléments bénéficierait d'une certaine présomption de causalité, mais le défendeur de son côté pourrait-il prouver, afin de contrer cette présomption, le *novus actus interveniens* découlant d'un défaut de surveillance de l'autre parent ? Le Code n'y répond pas même si, d'instinct, on serait porté à dire non, puisque autrement, l'alinéa 2 de l'article 1459 C.c.Q. n'atteindrait jamais la finalité pour laquelle il a été inclus dans le Code.

La présomption de faute à l'encontre de la personne non titulaire de l'autorité parentale mais chargée de la garde, de la surveillance ou de l'éducation du mineur est une innovation intéressante, à condition que cette dis-

---

67 *Id.*, n° 529, p. 491.

68 *Id.*, n° 637, p. 497. D'ailleurs, le juge Goodwin affirme dans la décision *P.G. du Québec* c. *Gallant*, AZ-50192873, par. 7 (C.S.), qu'« aucun fait allégué ne permet de disculper les pères et mères, vu que les textes des articles 1459 et 1460 C.c.Q., sont complémentaires et non exclusifs ».

69 C. LARROUMET, *loc. cit.*, note 51.

position reçoive une interprétation conforme à son libellé. L'exception à l'article 1460, al. 2 C.c.Q. découlant de la gratuité ou de la modicité de la rémunération est aussi une source potentielle de débat.

La question du cumul des recours pour la responsabilité du fait d'autrui ne semble pas avoir provoqué, au Québec même, les controverses qu'on a connues en France. Certes, sur le plan conceptuel, il est parfois rebutant d'imputer aux parents une responsabilité des suites d'une faute du mineur dans le cadre de son emploi au sein d'une entreprise qui est sans aucun lien avec eux. Cependant, il nous semble opportun, au nom d'une politique visant d'abord la réparation due aux victimes innocentes, de maintenir la présomption de faute des parents ou de ceux et celles chargés de la garde, de la surveillance et de l'éducation du mineur, pour la faute du mineur préposé dans l'exécution de ses fonctions, quitte à reconnaître que, la plupart du temps, l'exonération pourrait être assez facile.

LA NATURE JURIDIQUE DU PROJET D'ACCORD : L'ÉTAT DOIT-IL PESER PLUS LOURD QUE LE CITOYEN ?

Martine LACHANCE*

* Professeur au Département des sciences juridiques de l'UQUÀM.

De tous les temps, les relations humaines sont sources de différends. Comme le souligne le philosophe indien Krishnamurti, « [...] aucun recoin de notre conscience n'est à l'abri des conflits. Ils sont là, dans nos rapports avec nos intimes, avec nos voisins ou avec la société ; ils se manifestent dans nos contradictions, nos divisions, ils nous séparent les uns des autres dans un état de dualité »[1]. Avec un indice synthétique de divortialité dans les trente premières années du mariage à 49,7 % au Québec[2], force est de constater que les conflits familiaux n'échappent pas à cette affirmation.

Jadis, les mécanismes ou procédures de résolution des conflits impliquaient l'intervention d'un magistrat. Depuis plusieurs années, la conciliation et la médiation offrent des voies alternatives pour quiconque recherche un règlement rapide et efficace des conséquences économiques de l'échec de leur union en dehors des cadres juridiques habituels, sans compter la possibilité qui demeure pour les conjoints de se rapprocher eux-mêmes et de partager leurs points de vue. Parce que ces démarches représentent un mode souple pour aménager leurs intérêts individuels de même que celui des enfants nés de la relation, ces dernières voies sont largement utilisées. Le recours à la négociation permet aux conjoints de garder le contrôle de la rupture et d'en contenir les conséquences pécuniaires dans des conditions décidées par eux-mêmes. Devant le risque d'une intrusion de l'État, chacun affirme son autonomie, sa personnalité et son individualité. On assiste à une large privatisation des conflits familiaux, ce que semble encourager la Cour suprême du Canada lorsque, au sujet de la révision d'une convention alimentaire valide et exécutoire, la juge Wilson écrit : « les gens devraient être encouragés à assumer la responsabilité de leur propre vie et de leurs propres décisions ; ce devrait être là le souci d'ordre public prédominant »[3].

Lorsque la négociation – qu'elle se déroule ou non avec l'intervention d'un tiers impartial – connaît un dénouement heureux, les termes sur lesquels se mettent d'accord les parties se matérialisent dans un contrat, dont on dit qu'il concrétise l'équilibre des sacrifices consentis par chacune d'elles. La privatisation du droit de la famille conduit, inévitablement, à sa contractualisation.

---

1 Jiddu KRISHNAMURTI, *Se libérer du connu*, Paris, Éditions Stock, 1969, p. 59.

2 Le Quotidien : Bulletin officiel de diffusion des données de Statistique Canada, 9 mars 2005. Pour consulter les données tirées de l'enquête effectuée en 2003, voir : http://www.statcan.ca/Daily/Francais/050309/q050309b.htm.

3 *Pelech* c. *Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801.

Dans un souci de mettre rapidement et efficacement un terme aux discussions qu'engendre le partage du patrimoine des conjoints de même que la fixation des mesures accessoires, le projet d'accord est souvent qualifié de transaction par les parties[4]. Or, en raison de l'effet de chose jugée dont cette dernière est pourvue par le seul effet de la loi[5], la transaction est un contrat sans pareil. Séparée des autres conventions dont elle partage avant tout la nature contractuelle, l'entente transactionnelle obéit à un régime qui tient compte de son infiltration par le droit judiciaire. Toute convention qui met fin à un litige ne peut donc se qualifier de transaction que si elle respecte certaines caractéristiques bien précises ; si l'une d'elles vient à manquer, le contrat se forme validement mais sous une qualification et un régime juridique distincts de ceux de l'accord transactionnel.

La jurisprudence est partagée quant à la qualification à donner au projet d'accord. Aussi, pour en finir avec cette question, aborderons-nous tour à tour la volonté et les buts des personnes impliquées dans le conflit familial : d'abord les conjoints, dont le principal objectif est d'obtenir un règlement définitif des conséquences de la rupture (A), puis le magistrat, à qui le législateur remet un pouvoir de contrôle des paramètres de l'entente, sachant que la vulnérabilité est implicite dans le difficile processus d'une rupture[6] (B).

I. LE PROJET D'ACCORD DANS LA SPHÈRE PRIVÉE : LA RECHERCHE D'UN RÈGLEMENT DÉFINITIF

La qualification d'un contrat est une question de droit ; elle ne dépend pas de la dénomination que lui en donnent les parties[7]. Pour qualifier le projet d'accord à titre d'entente transactionnelle, il faut d'emblée revenir à

---

4 La transaction est « le contrat par lequel les parties préviennent une contestation à naître, terminent un procès ou règlent les difficultés qui surviennent lors de l'exécution d'un jugement, au moyen de concessions ou de réserves réciproques » (art. 2631 C.c.Q.).

5 Art. 2633, al. 1 C.c.Q.

6 *Miglin* c. *Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, jugement dans lequel les juges Bastarache et Arbour ont repris les mots avec lesquels s'est exprimée la juge Wilson de la Cour supérieure de l'Ontario dans l'affaire *Leopold* c. *Leopold*, (2000) 12 R.F.L. (5th) 118 (C.S. Ont.).

7 Angers LAROUCHE, *Les obligations*, t. 1, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 43 et 44.

son objet : c'est lui qui fait ressortir les caractéristiques légales qui en font tel contrat plutôt que tel autre. Mais la spécificité de la transaction ne tient pas qu'à cet objet ; l'effet de nature juridictionnelle dont est revêtu le contrat, son caractère indivisible, de même que le véhicule procédural dont dépend la nature du contrôle exercé sur la convention par l'État, jouent également un rôle. Faisons donc des caractéristiques du projet d'accord des arguments qui, soit militent en faveur d'une qualification transactionnelle, soit s'y opposent, en les abordant, tour à tour, selon qu'ils intéressent la notion même de transaction ou son régime juridique.

A. L'existence d'un litige – argument en faveur d'une qualification transactionnelle

La transaction, par l'effet de chose jugée dont elle est exceptionnellement dotée, est un équivalent contractuel du jugement[8]. Elle a donc nécessairement pour objet un litige[9], lequel n'existe que si une opposition de prétentions juridiques se noue par un procès ou est en puissance de l'être. La convention se rapproche en cela « d'une sorte de "programme" librement négocié et convenu par les parties et qui [...] avec tout autant de précision que d'autorité, indique à chacun des partenaires ce qu'il doit faire lui-même et attendre de l'autre »[10].

Replacé dans un contexte familial, il n'est dès lors pas nécessaire pour les conjoints d'avoir préalablement entamé une procédure en séparation de corps, en divorce, en nullité du mariage ou en dissolution de l'union civile sous l'autorité de la justice, pour conclure à l'existence d'un litige ; il suffit que la confrontation des prétentions exprimées par eux soit bien

---

8 Francesco CARNELUTTI (*Lezioni*, t. 1, p. 135), tel que cité par Roger MERLE, *Essai de contribution à la théorie générale de l'acte déclaratif*, Paris, Éditions Rousseau, 1949, p. 188.

9 Le litige ne saurait se confondre avec le procès. Le premier prend naissance avant le second, dans l'éventualité, bien entendu, où le procès survient. C'est pourquoi, comme le suggère avec justesse MM. Cornu et Foyer, il est préférable de nommer *litige* ou *contestation* la réalité antérieure au procès et de réserver le nom de *procès* au débat argumentatif porté devant le juge. Gérard CORNU et Jean FOYER, *Procédure civile*, Paris, Presses Universitaires de France, 1958, p. 31 et suiv.

10 Jean-Marc MOUSSERON, *Technique contractuelle*, Paris, Éditions juridiques Lefebvre, 1988, p. 550.

réelle[11]. Or, il n'y a de projet d'accord que si, à la recherche d'un règlement complet des conséquences de la rupture, les conjoints discutent de leurs intérêts respectifs. Ce n'est qu'au prix d'une appréciation par les parties, à court et à long terme, des besoins exprimés lors de la négociation, qu'une entente peut véritablement être envisagée.

B. L'intention de mettre fin au litige – argument en faveur d'une qualification transactionnelle

La vocation extinctive de la transaction, ou plutôt l'extinction du litige, ne peut avoir lieu et l'effet de chose jugée ne peut être attaché à la convention, sans que les parties aient l'intention de mettre un terme définitif à leur différend. Tout comme le contrat de société ne peut se former sans *affectio societatis*, le contrat de transaction ne peut se former sans *animus transactionis*[12].

Tous, y compris la Cour suprême du Canada, s'entendent pour considérer le projet d'accord comme un acte qui traduit généralement le désir mutuel et sincère des conjoints d'arrêter de manière définitive les modalités de l'échec de leur union[13]. Il n'est donc pas surprenant que la finalité du document, à savoir la recherche d'une rupture nette de la relation maritale, commande aux magistrats d'agir avec réserve lorsque, postérieurement à la conclusion et à l'homologation de l'entente, il leur est notamment demandé de réviser une ordonnance alimentaire[14] ou de statuer sur une renonciation par un conjoint à toute créance future d'aliments[15].

---

11 Cette exigence d'une confrontation réelle des prétentions des parties ne requiert pas que leurs allégations soient bien fondées ni même qu'elles soient sérieuses. Voir Martine LACHANCE, *Le contrat de transaction : étude de droit privé comparé et de droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 23 et suiv.

12 Jacques DE GAVRE, *Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 32.

13 *Miglin* c. *Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303 ; *Pelech* c. *Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801.

À titre d'exemple, une convention signée par les parties quelques mois avant la fin de la vie commune, alors qu'ils n'avaient manifestement pas l'intention de régler un contentieux au sujet de l'interprétation ou de l'application des clauses de leur contrat de mariage, n'a pas été qualifiée de transaction : *Droit de la famille – 1401*, [1991] R.D.F. 317 (C.A.).

14 *Hickey* c. *Hickey*, [1999] 2 R.C.S. 518.

15 *Miglin* c. *Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303.

C. Les concessions réciproques consenties – argument à l'encontre d'une qualification transactionnelle

Il n'y a de transaction qu'en présence de concessions réciproques[16]. Or, dans un contexte transactionnel, concéder quelque chose à son adversaire, c'est renoncer au pouvoir absolu que possède chacun « d'obtenir du juge qu'il mette fin à une situation litigieuse par l'application des normes légales »[17]. Chaque litigant ne renonce donc pas à un droit, pas plus qu'il n'abandonne une quelconque prétention sur ce droit : il abdique son droit d'action[18]. Quel que soit l'objet du sacrifice, on ne saurait imputer aux parties une renonciation ou un abandon sans une manifestation claire à cet effet[19]. La transaction suppose des actes qui manifestent sans équivoque leur volonté commune de renoncer à agir en justice[20].

Il ne serait pas satisfaisant pour les parties de renoncer à l'exercice de leur droit d'action, si c'était pour en revenir à l'état de fait tel qu'il existait avant la naissance du litige. C'est pourquoi elles manifestent l'abdication de ce droit au moyen d'engagements très variés, allant du paiement d'une somme d'argent, à la remise d'un bien ou même à la renonciation à une prérogative juridique. Mais pour que cette prérogative puisse ainsi être éteinte, il faut nécessairement qu'elle soit disponible et puisse valablement faire l'objet d'une renonciation. Aussi, en raison de leur nature, le mariage, le divorce, la séparation de corps, la filiation, l'obligation alimentaire envers les enfants[21] de même que la puissance paternelle ou maritale ne peuvent

---

16 Art. 2631 C.c.Q.

17 Louis BOYER, *La notion de transaction*, Paris, Sirey, 1947, p. 58.

18 *Id.*, p. 47 et suiv. C'est aussi la thèse à laquelle se rallient Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Cours de droit civil*, t. 8, 11e éd., Paris, Cujas, 1997, p. 589.

19 *Corbusier Investments Inc.* c. *Immeubles Imbrook Ltée*, J.E. 91-1663 (C.A.) ; *Blais* c. *Lisi*, [1997] A.Q. (Quicklaw) no 4364 (C.S.).

20 Civ. 1re, 3 mars 1976, *Bull. civ.* I, no 94.

21 *D'Errico* c. *D'Errico*, [1980] C.A. 27.

C'est d'ailleurs cette impossibilité de disposer des droits de l'enfant qui légitime la règle voulant que la dissolution de l'union civile, au moyen d'une transaction, ne soit admise que lorsque les intérêts des enfants communs du couple ne sont pas en cause (art. 521.17 C.c.Q.).

faire l'objet d'une transaction[22], pas plus d'ailleurs que ne le peuvent les autres questions qui intéressent l'ordre public[23].

À la lumière de ces exemples, on voit immédiatement que cette seule notion d'indisponibilité constitue un obstacle à la qualification transactionnelle d'un projet d'accord emportant renonciation d'un parent à une contribution alimentaire pour son enfant. Depuis longtemps déjà, il est manifeste que l'éclatement de la famille ne saurait, à travers les dispositions d'une convention de rupture, porter atteinte à l'intérêt d'un enfant du couple. Aussi, bien qu'une transaction reste possible sur tous les autres aspects pécuniaires de la rupture, le caractère d'ordre public du droit de l'enfant à des aliments, suffit à l'écarter d'une appropriation privée de façon telle qu'on puisse valablement l'abdiquer[24].

Mais la véritable impasse ne se situe pas là. Parce qu'elles sont tributaires des besoins et des facultés des membres de la famille, donc susceptibles d'un changement significatif au fil des ans, les mesures accessoires demeurent l'objet d'un possible recours en révision. Malgré leurs concessions réciproques[25], les conjoints ne peuvent dès lors, au moyen d'un projet d'accord, renoncer définitivement à leur droit de demander ultérieurement le prononcé en justice d'une ordonnance alimentaire pour leur enfant ou d'une ordonnance de garde.

Mais ces obstacles ne sont pas incontournables. À la recherche d'un règlement définitif, les époux peuvent délibérément choisir de matérialiser leur entente au moyen d'une pluralité d'accords, dans le but avoué que soit au moins reconnue une qualification transactionnelle au document portant sur les aspects patrimoniaux de la dissolution de l'union. Il s'agit là d'une technique contractuelle développée par la pratique, méthode que la Cour supérieure a d'ailleurs avalisée par le passé[26]. Nous y reviendrons au moment de l'analyse de l'indivisibilité de la transaction.

---

22 Jean-Louis Baudouin énumère les lois qui, parce que d'ordre public politique, entachent de nullité absolue les actes juridiques qui visent à y faire échec : *Les obligations*, 4e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 79.

23 Art. 2632 C.c.Q.

24 *B. (S.)* et *G. (M.)*, EYB 2003-50135 (C.S.). Par ailleurs, même entérinée par un jugement, cette renonciation est nulle ; *B. (C.)* c. *X.*, EYB 2006-109457 (C.S.).

25 *Droit de la famille – 3551*, [2000] J.Q. (Quicklaw) no 489 (C.S.).

26 *D. (M.)* c. *B. (L.)*, J.E. 2001-275 (C.S.). Ce jugement a été renversé en appel pour un motif n'ayant pas trait à la technique rédactionnelle ; voir *B. (L.)* c. *D. (M.)*, REJB 2001-24805.

D. L'autorité de la chose transigée – argument à l'encontre d'une qualification transactionnelle

On ne saurait refuser de reconnaître que l'autorité dont est revêtue la transaction, par le seul effet de la loi[27], recouvre la même règle de fond que la chose jugée attachée au jugement contentieux. Ces deux actes juridiques, ancrés dans une politique sociale d'intérêt public, visent en effet à assurer la sécurité et la stabilité des rapports juridiques et sociaux[28]. Cependant, bien que de toute évidence elle ne soit pas une décision de justice, sa finalité propre – mettre un terme au litige qui oppose les protagonistes – ne heurte pas la conception voulant qu'elle en soit l'équivalent[29]. Cette souplesse, malgré la profonde imbrication des notions d'autorité de la chose jugée et de juridiction, rend ainsi possible la reconnaissance d'un *effet* de chose jugée à l'accord transactionnel. On parle alors d'autorité de la chose *transigée*, combinaison de chose convenue – effet associé aux actes juridiques – et de chose jugée – effet habituellement associé aux seuls actes juridictionnels. L'accord transactionnel épuise dès lors le pouvoir de juridiction du magistrat quant à la contestation réglée par les parties[30], ce qui n'a rien pour étonner sachant que les notions de transaction et d'effet de chose jugée manifestent toutes deux l'extinction du droit d'action.

La rupture du lien matrimonial est non seulement une épreuve pour le couple, elle l'est aussi, sinon davantage, pour les enfants en cause. Nul ne

---

27 Art. 2633 C.c.Q. Sur l'analyse de l'autorité dont est revêtue la transaction, voir M. LACHANCE, *op. cit.*, note 11, p. 143 et suiv.

28 *Ruel* c. *Thomas*, [1982] C.A. 357.

29 *Jumbo Motors Express ltd.* c. *François Nolin ltée*, [1985] 1 R.C.S. 423 ; *2950-8173 Québec Inc.* c. *Investissements Ambassador Inc.*, [1999] R.J.Q. 1399 (C.S.) ; *A.Y. Pronovost ltée* c. *Extremont ltée*, [1987] R.J.Q. 939 (C.P.).

Nabil Antaki écrit notamment que, parce que les parties jugent elles-mêmes le différend qui les oppose, il est logique que leur volonté ait le même effet qu'un jugement qui trancherait définitivement la difficulté ; Nabil ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 227. Voir aussi Gérard CORNU, « Les modes alternatifs de règlement des conflits », (1997) 2 *R.I.D.C.* 313, 319.

30 *Deschênes (Village)* c. *Loveys*, [1936] R.C.S. 351 ; *Société financière 350 Monto inc.* c. *Corp. d'investissement quatre dimension*, [2001] J.Q. (Quicklaw) nº 2267 (C.A.) ; *Allam* c. *Schwartz*, [1997] A.Q. (Quicklaw) nº 3023 (C.S.) ; *S.A.* c. *Y.H.*, [1997] A.Q. (Quicklaw) nº 2699 (C.S.) ; *Sipos* c. *Foyer Hongrois*, [1997] A.Q. (Quicklaw) nº 3341 (C.Q.) ; *Labrecque* c. *Comité du chemin des Belvédères*, [2000] J.Q. (Quicklaw) nº 148 (C.S.).

peut alors nier que la résolution définitive des litiges familiaux soit d'un intérêt réel pour la société[31]. Mais parce que ce sont principalement sur les enfants que se font sentir les nombreux aléas de la vie, et que la protection de leurs intérêts généraux constitue une valeur cruciale de notre société, les tribunaux conservent un certain contrôle sur les mesures consenties en matière d'aliments et de garde. C'est ce caractère naturellement révisable des mesures accessoires, parties intégrantes du projet d'accord, qui s'oppose à la qualification transactionnelle du règlement négocié[32]. À l'instar de l'ordonnance du tribunal, la convention sur les mesures accessoires n'a pas d'autorité de la chose jugée[33]. Cette dernière est réservée aux seules décisions de justice qui mettent fin à la contestation, sinon d'une manière irrévocable, du moins dans des circonstances telles que le juge n'a plus à revenir sur le point litigieux.

Consciente de cet obstacle, la pratique a ici de nouveau recours à la partition des éléments négociés en deux *instrumenta* : le premier réservé aux aspects pécuniaires de la dissolution du lien matrimonial, le second limité aux mesures accessoires. Elle tente ainsi d'obtenir que le premier document matériel ait un effet de chose jugée, son objet pouvant valablement faire l'objet d'un règlement définitif. Mais le règlement global du litige familial peut-il ainsi être divisé ?

E. L'indivisibilité de l'objet de l'acte – argument en faveur d'une qualification transactionnelle

L'indivisibilité de la transaction tient à son objet plutôt qu'à sa nature[34]. La recherche de cet objet se trouve ici facilitée par l'analyse de la volonté des parties[35]. Parce que toutes les clauses d'une transaction sont consenties à titre de réciprocité, on peut soutenir que son caractère indivisible est

---

31 *M. (L.)* c. *B. (N.)*, EYB 2006-110870 (C.A.).

32 *R. (B.)* c. *C. (W.)*, [2004] J.Q. (Quicklaw) nº 7220 (C.S.).

33 *Contra* : *P. (G.)* c. *L. (C.)*, [2004] J.Q. (Quicklaw) nº 13918 (C.S.) ; *L. (M.)* c. *J. (D.)*, [2001] J.Q. (Quicklaw) nº 4419 (C.Q.).

34 Art. 2631, al. 2 C.c.Q.

35 Il s'agit ici d'une indivisibilité *subjective*, en ce qu'elle renvoie à la volonté des parties. Celles-ci ont conclu une entente transactionnelle en considération de tout ce qui y est stipulé. Elles ne devraient donc pas être tenues par un contrat qui ne contiendrait pas toutes les concessions initialement consenties. Voir L. BOYER, *op. cit.*, note 17, p. 146.

tiré des concessions mutuelles qu'elle renferme[36]. L'indivisibilité sert alors à respecter l'équilibre des sacrifices consentis par chacune d'elles. Cette conception est d'ailleurs soutenue par la théorie de Jacques Moury, pour qui « l'indivisibilité paraît ne pouvoir lier, dans le cadre du contrat, que des obligations conjonctives, c'est-à-dire des obligations à l'exécution desquelles un même débiteur est cumulativement tenu »[37].

Il en va de même pour le projet d'accord, comme le rappelle la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Miglin* : « le tribunal doit examiner l'entente ou l'arrangement dans son ensemble, sans perdre de vue que tous les aspects de l'accord sont *inextricablement liés* »[38].

Le caractère indivisible amène inévitablement à conclure que la convention de rupture ne peut être acceptée ou répudiée pour partie. L'indivisibilité est ici envisagée comme une modalité qui affecte la nature, l'objet et les effets de l'entente négociée. Toutes les clauses d'un projet d'accord sont corrélatives ; elles ne peuvent être dissociées les unes des autres. L'indivisibilité de la convention dépasse le seul terrain de la formation du contrat pour gagner celui de son exécution. Le caractère indivisible du projet d'accord n'autorise donc le tribunal à l'entériner, que dans la mesure où le *negotium* entier en fait l'objet :

> Plutôt que d'entériner la convention en excluant certains paragraphes, lesquels ont possiblement une incidence sur l'ensemble de la convention discutée et convenue entre les parties, le Tribunal considère préférable de surseoir au prononcé du jugement de divorce, laissant ainsi aux parties la possibilité de discuter et de convenir d'un arrangement global approprié et conforme à la Loi.[39]

---

36 « Dans certains cas, l'indivisibilité de l'acte juridique traduit des situations de réciprocité : ainsi, certains actes, parce qu'ils se traduisent par une structure "*en miroir*" sont volontiers qualifiés d'indivisibles. Tel est notamment le cas pour le contrat d'échange ou la transaction » : Jean-Baptiste SEUBE, *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Paris, Litec, 1999, p. 160.

37 Jacques MOURY, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *Rev. trim. dr. civ.* 1994.255, 267.

38 *Miglin* c. *Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303. [Nos italiques.] Voir également *G. (R.)* c. *L. (Ro.)*, EYB 2006-110781 (C.A.), décision dans laquelle la Cour d'appel a récemment souligné que la convention, parce qu'elle réalise un équilibre entre les époux, forme un tout.

39 *P. (L.)* c. *D. (A.)*, EYB 2004-72192 (C.S.).

Aussi, si le magistrat considère que le règlement négocié ne préserve pas suffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des conjoints, il lui est impossible de le diviser : soit il rejette la demande qui lui est présentée, soit il ajourne sa décision jusqu'à la présentation d'un projet d'accord modifié[40]. Seul le lien étroit qui unit les clauses de l'entente permet de justifier le choix du législateur de contenir le pouvoir du juge à l'intérieur de ces limites.

En raison du principe fondamental de l'autonomie de la volonté, les conjoints demeurent cependant libres de réglementer leurs relations comme ils l'entendent. Les dispositions du projet d'accord peuvent donc traduire leur intention d'en faire un acte divisible. La convention forme alors un tout indivisible à moins d'une volonté contraire clairement manifestée dans l'acte[41]. Cette volonté de diviser l'acte peut également se manifester par la conclusion de deux accords portant sur des points particuliers en liaison nécessaire les uns avec les autres : les conséquences économiques de la rupture du lien conjugal (effets du mariage, régime matrimonial, etc.) et les mesures accessoires.

Mais quelle que soit la forme du règlement négocié – acte simple ou acte complexe – les diverses concessions composent ensemble une opération globale : le projet d'accord. Il faut donc considérer le tout pour que se trouve restituée la véritable qualification de ce que les parties ont voulu faire. Au-delà de la multiplicité des obligations, il n'y a toujours qu'un seul acte juridique. « L'indivisibilité vise alors, non plus l'objet de l'acte, mais sa structure ; elle participe au mécanisme de la qualification. »[42]

Après réflexion sur ce point, il nous semble que la divisibilité du projet d'accord est contraire à l'esprit même de la convention. Le sacrifice d'un conjoint en considération de l'abandon que son partenaire fait de son côté, établit une sorte d'équilibre entre les diverses clauses de l'acte. Certains pourraient néanmoins penser que, parce que l'indivisibilité de la convention de rupture est l'œuvre de la volonté des parties, cette dernière peut suf-

40 Art. 822.3 C.p.c.

41 Par analogie avec le contrat de transaction, voir : *Léonard* c. *Mona Realties Ltd.*, [1973] C.A. 1034 ; *Supreme Precision Castings (1963) Ltd.* c. *Parker Industries Ltd.*, J.E. 85-967 (C.A.). Pour la doctrine, voir notamment Charles AUBRY et Charles RAU, *Droit civil français*, t. 6, 6e éd., Paris, Litec, 1951, p. 257.

42 J.-B. SEUBE, *op. cit.*, note 36, p. 136.

fire, à elle seule, à lui retirer ce caractère[43]. Il est juste, certes, de s'en remettre à la volonté des conjoints pour déterminer l'objet du contrat ; l'autonomie de la volonté inspire aujourd'hui encore grandement le droit des contrats. Mais honorer cette commune volonté au point de retirer au projet d'accord son élément le plus caractéristique, les concessions réciproques, est inconcevable. Aussi, dans cette hypothèse, si le contrat vient à être morcelé, il conserve sa valeur juridique, mais certainement pas à titre de transaction.

II. Le projet d'accord dans la sphère publique : le contrôle de la légalité et de l'opportunité de l'entente

A. La nature du contrôle judiciaire – argument à l'encontre d'une qualification transactionnelle

Alors qu'on ne peut habituellement faire exécuter un accord contractuel que par une action en justice[44], la force exécutoire de la transaction passe par le canal d'une requête en homologation[45] sur l'initiative d'une seule des parties contractantes[46]. Ainsi pourvue du sceau de l'*imperium* – identique à celui que reçoit la décision judiciaire – la transaction justifie que soit rapidement utilisée la contrainte matérielle pour en obtenir l'exécution.

---

43 Les auteurs français Planiol et Ripert croient que les parties demeurent en tout temps libres de désolidariser les unes des autres les clauses, ou les groupes de clauses, ou encore les effets de celles-ci à l'égard des divers intéressés. Voir Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 11, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1954, p. 1051.

44 C'était d'ailleurs le seul moyen de faire exécuter une transaction sous le *Code civil du Bas Canada*. Voir par exemple : *King* c. *Pinsonnault*, (1875) L.R. 6 P.C. 245 ; *Plouffe* c. *St-Louis*, [1956] C.S. 193 ; *Peat-Marwick Ltd.* c. *Gaz Inter-Cité Québec Inc.*, J.E. 84-997 (C.S.).

45 Art. 885a) C.p.c.

46 « Il n'y a évidemment aucun obstacle à ce que les deux parties présentent conjointement la requête, ce qui sera de nature à rassurer le juge sur la réalité de l'accord transactionnel » : Hervé CROZE et Christian LAPORTE, « Homologation judiciaire des transactions », *Procédures* 2000, Comm. no 145, 11.

Pour un exemple concret, voir *Mainville* c. *Bouchard*, [1998] A.Q. (Quicklaw) no 117 (C.Q.).

Le jugement qui homologue la transaction n'a d'autre but que celui de reconnaître et de donner force d'exécution au règlement amiable[47]. Dès son homologation, la convention est exécutoire comme un jugement du tribunal. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une seconde action en justice afin d'obtenir la condamnation de l'intimé à exécuter ses prestations[48]. La procédure d'homologation ne vise pas à faire entériner l'entente finale, contrairement à ce que soutiennent certains auteurs[49]. Dans sa décision, le tribunal n'approuve pas l'acte intervenu entre les litigants pas plus qu'il ne le valide.

Le jugement d'homologation n'altère pas la nature de l'accord transactionnel, lequel demeure soumis aux voies de droit qui lui est propre. Comme le souligne M. Fardet, « c'est dire que l'acte de droit privé ne devient pas acte de droit public, c'est dire qu'un contrat ne devient pas un acte unilatéral. Autrement dit, et quant à la nature de l'acte, l'homologation est une opération neutre »[50]. On reconnaît donc que le règlement contractuel a une existence juridique en dehors de toute homologation ; dès sa conclusion, l'acte produit tous les effets voulus par les parties[51].

Pour offrir aux justiciables une alternative valable à la justice étatique, il est entendu qu'on ne peut admettre une atteinte trop grande à la stabilité de la solution convenue entre les litigants. Reste alors à déterminer les

---

47 *Ateliers de Haute-Garonne Établissements Auriol & Cie* c. *Dominion Bridge corp.*, [1998] A.Q. (Quicklaw) n° 1453 (C.S.) ; *Morin* c. *Villeneuve*, [2000] J.Q. (Quicklaw) n° 5508 (C.S.) ; *Association de la construction du Québec* c. *Laduco Construction Inc.*, [1996] A.Q. (Quicklaw) n° 3688 (C.S.).

48 *Chan* c. *Saavedra*, J.E. 98-2087 (C.Q.).

49 « Par l'homologation donc, le juge saisi prononcera deux sortes d'ordonnance : une ordonnance déclaratoire par laquelle il constatera la validité de l'entente transactionnelle ; une ordonnance mandatoire par laquelle il ordonnera aux parties de s'y soumettre » : François HÉLEINE, « L'obligabilité des clauses de médiation et des transactions en découlant en droit interne québécois », dans Jean-Louis BAUDOUIN (dir.), *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 297. Dans le même sens, voir N. ANTAKI, *op. cit.*, note 29, p. 231 ; Joëlle THIBAULT, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 287.

50 Christophe FARDET, « La notion d'homologation », (1999) 28 *Droits* 181, 189.

51 « L'homologation ne conditionne pas l'existence de l'objet. Doctrine et jurisprudence sont, ici, unanimes : le refus d'homologation n'a aucune incidence sur l'existence de l'objet. [...] [L]'objet existe avant d'être homologué [...]. » : *id.*, 188.

motifs pour lesquels un tribunal peut refuser d'accorder l'homologation demandée. Leur nombre est nécessairement limité, afin de permettre la réalisation de l'objet final de la transaction qui est de mettre fin au litige : soit l'acte présenté n'est pas une transaction, soit il n'est pas conforme à l'ordre public[52]. En dehors de ces situations, le magistrat doit concéder que l'entente librement consentie par les litigants est intangible, quels que soient ses mérites. Il doit rendre un jugement qui permet l'exécution par autorité de justice d'une affaire classée. Cette appréciation restrictive de l'office du juge homologateur[53] – et dont le mérite est d'être près de l'esprit des textes qui voulaient mettre en œuvre une procédure simple et rapide – permet uniquement d'éviter les illégalités flagrantes.

Le magistrat qui siège en matière familiale, lorsqu'il se prononce sur les aspects conjoints de la convention entre époux, n'homologue pas quant à lui l'entente négociée ; il rend un jugement d'expédient[54]. Il s'agit essentiellement pour lui de procéder à un examen de la solution présentée par les parties puis, s'il en est satisfait, de reprendre à son compte les droits reconnus à chaque conjoint[55]. Le jugement d'expédient n'admet pas que le juge se substitue à la volonté des parties en créant pour eux des obligations dont ils n'auraient pas convenu. C'est pourquoi, placé devant un règlement négocié qui préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des conjoints, n'a-t-il d'autres choix que de rejeter la demande ou d'ajourner sa décision jusqu'à la présentation, par les parties, d'un projet d'accord modifié.

À l'opposé de la procédure en homologation, la démarche pour faire entériner la convention de rupture laisse place pour un jugement de valeur du magistrat sur les sacrifices mutuellement consentis : outre la vérifica-

---

52 Pour une analyse de la procédure d'homologation de la transaction, voir M. LACHANCE, *op. cit*., note 11, p. 158 et suiv.

Voir également C. FARDET, *loc. cit*., note 50, 183, pour qui la procédure implique notamment une constatation de l'existence de l'objet dont on demande l'homologation et sa non-illégalité manifeste. Au même effet, voir Charles JARROSSON, « Modes alternatifs de règlement des conflits », (1999) 1 *RG proc.* 133, 139.

53 « L'homologation s'avère être le plus "petit" acte de contrôle : celui qui contient le moins de puissance publique » : C. FARDET, *loc. cit*., note 50, 187.

54 Art. 822.5 C.p.c.

55 « Lorsqu'il entérine [le projet d'accord], le tribunal fait sienne la convention des parties de sorte qu'elle devient son jugement qui est exécutoire sans plus [...] » : *L. (C.)* c. *T. (J.)*, REJB 2004-68874 (C.S.).

tion qu'il doit faire de la réalité des consentements des conjoints, il est tenu de s'assurer que le projet d'accord préserve suffisamment leurs intérêts respectifs de même que ceux des enfants en cause[56]. La procédure qui vise à entériner l'accord donne donc accès aux conjoints, à tout le moins dans les textes législatifs, au contrôle par le tribunal de la légalité mais aussi de la légitimité du règlement négocié.

Le souci de protection du consentement est une préoccupation majeure dans notre ordre juridique. Parce qu'il n'est pas rare qu'une relation conjugale recèle de nombreux déséquilibres de force, dont on peut raisonnablement craindre qu'ils soient exacerbés au moment de la rupture, il revient au tribunal de s'assurer du consentement libre et éclairé de chaque conjoint[57]. Le contrôle judiciaire qui doit ici être exercé, se veut un rempart contre les risques d'abus créés par la demande conjointe en raison de la vulnérabilité potentielle de l'un des demandeurs. L'extorsion du consentement – que ce soit à certaines femmes victimes de violences qui souhaitent avant tout fuir le despotisme conjugal, ou encore à certaines femmes dont la confession religieuse fait craindre les représailles du mari – est un problème fondamental qu'aucun magistrat ne peut ignorer au moment d'entériner un projet d'accord.

Véritable dogme dans notre société, l'intérêt des enfants impose aux parents de tenir compte en tout temps de leur bien-être et, en conséquence, de négocier avec honnêteté et transparence toute décision prise à leur endroit[58]. Parce qu'il s'agit là d'une pierre angulaire de notre système social, le juge conserve jalousement son pouvoir de contrôle et exerce, au moment où il évalue la demande qui lui est présentée, une vérification des termes du projet d'accord.

Vraisemblablement préoccupé par le sort de toutes ces femmes qui, confrontées à la rupture après de longues années pendant lesquelles elles se sont majoritairement consacrées à leur époux et à leurs enfants, sont sans ressources au moment de l'éclatement de la famille, le législateur impose au magistrat l'obligation de s'assurer que l'intérêt des deux conjoints est préservé. Parce que ces femmes ont besoin d'être défendues, et qu'il est parfois difficile d'assurer au niveau de la négociation l'équilibre économique de la rupture, il est impératif que le tribunal exerce un certain

56 Art. 822.2 et 822.3 C.p.c.

57 *J.D.N.* c. *M.J.B.*, [1997] J.Q. (Quicklaw) nº 5281 (C.S.).

58 *C. (G.)* c. *V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, 269.

contrôle de la légitimité du règlement négocié. Dans une société de liberté, la fonction première du processus de négociation est de restaurer la paix entre les parties. Or, ce but ne peut être atteint si le règlement n'est pas équitable.

Mais quel est donc l'objet exact de ce contrôle judiciaire ? Certains soutiennent que le magistrat doit s'assurer que la convention de rupture n'est pas lésionnaire, autrement dit qu'elle ne porte pas préjudice à l'un des conjoints. Or, bien que le juge doive ici nécessairement composer avec la notion de préjudice, force est de reconnaître que le droit ne sanctionne la lésion que de façon exceptionnelle. Mais avec une certaine ouverture d'esprit, il est permis de penser que, sous le couvert de la protection de « l'intérêt » des conjoints, c'est bien de cette norme de contrôle dont est investi le tribunal qui entérine le projet d'accord.

Dans cette hypothèse, le rôle du magistrat serait des plus précis : vérifier que la réciprocité des concessions rime avec égalité des sacrifices. On irait alors à l'encontre du régime juridique de la transaction dans lequel, parce que le contrat constitue le produit de la conciliation d'intérêts antagonistes, nul n'a à se soucier d'un équilibre dans les prestations[59]. Bien que limité dans son intervention, le magistrat pourrait ainsi exercer un contrôle minimal de la moralité contractuelle et intervenir lorsque la situation lui paraît inéquitable. Ce contrôle assurerait notamment au conjoint vulnérable, contraint de consentir des concessions trop onéreuses pour lui en raison de la position de force de son partenaire, que le juge n'entérinera pas un projet d'accord qui lui est préjudiciable.

CONCLUSION

La qualification d'un acte juridique n'a de véritable intérêt que lorsqu'il faut le rattacher dans une catégorie préétablie, réglementée individuellement à partir de règles qui lui sont propres. L'enjeu pratique de la qualification du projet d'accord au titre d'un accord transactionnel est donc ici important, en raison des effets juridictionnels attachés à ce dernier acte. On sait qu'il est doté d'un effet de chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Le litige étant ainsi éteint, nul ne peut, pas même le juge, revenir sur le règlement négocié.

59 La transaction ne peut d'ailleurs être attaquée pour cause de lésion (art. 2634 C.c.Q.).

C'est avec un certain soulagement, avouons-le, que nous accueillons la qualification du projet d'accord à titre de convention *sui generis*. Comme le souligne Mme Boillot dans sa thèse de doctorat :

> Un modèle de résolution des conflits qui ferait abstraction des positions d'inégalité des parties dans leurs potentialités d'accès respectif au droit et à la justice donnerait « *une vision faussement harmonieuse des rapports sociaux, perpétuant ainsi des situations de domination masquées par la recherche illusoire d'un consensus, au détriment du respect des droits de chacun* ».[60]

En présence d'un litigant vulnérable, comme c'est fréquemment le cas en matière de conflit familial, il est donc souhaitable que le règlement demeure soumis au contrôle judiciaire de l'équité des engagements consentis. Mais cette aspiration se heurte malencontreusement à la soumission de notre système judiciaire au dogme de l'autonomie de la volonté :

> En droit de la famille, des facteurs sociaux et économiques peuvent restreindre considérablement la « liberté » contractuelle des parties, et cette liberté peut devenir décidément *inégale*. Un accord peut résulter de nombreux compromis implicites ou explicites. Il arrive qu'il tradui[se] des prémisses fondamentalement erronées quant à la manière dont les conséquences du mariage et de son échec se feront sentir dans la vie des parties après le divorce. Vu ces facteurs, je m'interroge sur l'opportunité d'une politique de déférence excessive qui conduit les tribunaux à entériner des ententes [...] parce qu'elles sont présumées l'expression objective de la libre volonté des parties.[61]

Nous ne pouvons donc conclure que par un appui formel à cette assertion de la Cour suprême du Canada puisque, sans le contrôle de l'État – ultime responsable de rétablir les déséquilibres sociaux – l'autonomie de la volonté risque de devenir la voix de la puissance.

---

60 Christine BOILLOT, *La transaction et le juge*, Clermont-Ferrand, Presses Universitaires, 2003, p. 210.

61 *Miglin* c. *Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303.

LE NOTARIAT, SOURCE D'INSPIRATION LÉGISLATIVE

Le notaire Comtois a tracé la voie

Jean LAMBERT*

* Associé senior de Lambert, Cloutier, Salvas notaires ; président de la Chambre des notaires du Québec (1984 à 1990).

J'ai reçu comme un honneur, l'invitation de participer à l'hommage fort bien mérité que cet ouvrage rend à mon distingué confrère, Me Roger Comtois, notaire, ex-doyen de la faculté de droit de l'Université de Montréal et ex-président de la Chambre des notaires du Québec.

À ces trois titres, il aura marqué sa carrière et la profession notariale. Étudiant à la faculté lors de son décanat puis admis au notariat lors de sa présidence, Me Comtois aura été pour l'auteur de ces lignes un modèle et une source d'inspiration.

Aussi, bien modestement, j'apporte ma contribution qui n'a d'autre prétention que celle d'éclairer par le rappel de la petite histoire des prises de position de la Chambre des notaires du Québec, certains choix législatifs effectués par les codificateurs à l'occasion des grands travaux menant à l'adoption du nouveau *Code civil du Québec*.

À dessein et pour rendre mon témoignage pertinent à l'œuvre de Roger Comtois, j'ai retenu quatre sujets sur lesquels Me Comtois s'est distingué par ses écrits et ses interventions auprès du législateur : le testament, les régimes matrimoniaux et le droit successoral et, par voie d'inspiration, le mandat de protection en cas d'inaptitude et la déjudiciarisation.

I. Le testament déclaré

Je débute ce texte sur un sujet qui a toujours tenu à cœur au notaire Comtois : le caractère solennel qu'il faille préserver à l'écrit testamentaire[1] et ce, sur un thème peu connu mais qui revêt une grande importance vue la tendance créative de la jurisprudence dans l'interprétation de l'article 714 du *Code civil du Québec*. Il s'agit du testament déclaré sur lequel se sont penchés les rédacteurs du projet de ce nouveau code au début des années 1980.

L'avant projet numéro 107 portant sur le droit des successions proposait une nouvelle forme de testament qui venait, à sa section V du chapitre troisième, s'ajouter aux trois formes alors bien connues, soit les testaments olographe, devant témoins et notarié. Cette nouvelle forme de testament avait pour nom : *testament déclaré*. Rappelons l'essentiel de la disposition proposée en reproduisant les articles 774 à 776 projetés.

---

1 Voir inter alia : Roger COMTOIS, « De la désolemnisation du testament » (1994-95) 97 *R. du N.* 408.

774. Le testament déclaré est le document que le testateur remet lui-même à un avocat ou à un notaire, en présence d'un témoin, et que, sans en divulguer le contenu, il déclare être son testament dont il confie la garde à l'avocat ou au notaire.

L'avocat ou le notaire dresse un acte de suscription sur une enveloppe et, en présence du testateur et du témoin, insère le document dans cette enveloppe et il la scelle immédiatement.

En présence les uns des autres, le testateur, le témoin et l'avocat ou le notaire signent l'acte de suscription.

775. Le testament déclaré n'obéit à aucune forme, mais la nature du document doit être déclarée à l'acte de suscription.

Le document peut, entre autres, être écrit à la main ou par un procédé mécanique, par le testateur ou par un tiers pour lui, ou consister en un enregistrement mécanique, optique ou magnétique.

776. L'acte de suscription fait mention de la remise du document, de la déclaration du testateur quant à la nature de ce document ainsi que de la date et du lieu où elles sont faites.

Ainsi, une personne, pour établir son testament, peut avoir recours à son ordinateur, son magnétophone voire sa caméra vidéo. L'œuvre terminée, il suffit alors au testateur, à la testatrice, de se présenter à une étude notariale ou un cabinet d'avocats, et remettant une enveloppe cachetée contenant un texte imprimé ou manuscrit, une disquette, une cassette-audio, bref, un document couché sur n'importe quel support, de déclarer en présence de deux témoins ou deux juristes, avocats ou notaires, que cette enveloppe contient son testament – y apposer sa signature suivi des deux témoins qui signent, un notaire ou un avocat étant obligatoirement chargé de la conservation de cette enveloppe. On aura noté que l'identité de l'auteur du document peut être une personne autre que le testateur, la testatrice.

Interrogé, l'un des juristes auteur de ces dispositions a affirmé que l'équipe des rédacteurs voulait offrir une nouvelle voie testamentaire moderne, progressiste et ouverte aux nouvelles technologies. L'inspiration, semble-t-il, venait de France où on connaît le *testament déclaré*, article 977 du Code civil (français). Il convient de dire que le droit français confine ce testament à l'écrit et est plus exigeant quant au formalisme requis que ce que proposait le projet des rédacteurs québécois.

De prime abord, le comité de législation de la Chambre des notaires du Québec a reconnu l'aspect novateur de la proposition. Cependant, un exa-

men plus poussé du sujet a révélé des faiblesses conceptuelles majeures sur les plans juridique et technique susceptibles de faire obstacle à la reconnaissance de l'expression de ces dernières volontés.

Curieusement, c'est l'aspect technique rattaché à la conservation et à la reproduction de « l'œuvre testamentaire » qui allait sceller le sort de ce « *testament déclaré* » malgré l'incertitude pouvant par ailleurs entourer l'identité de l'auteur de « l'œuvre testamentaire » elle-même, telle par exemple l'authenticité de la voix que l'on entendra sur la cassette-audio, et des questions demeurées sans réponse telles celles-ci : à qui le notaire ou l'avocat gardien du testament devrait-il remettre l'enveloppe testamentaire puisque le contenu lui en est totalement inconnu ? Et si celui qui recueille l'enveloppe n'est pas heureux de son contenu, comment savoir si ce récipiendaire n'en aura pas altéré les dispositions après réception ?

C'est à la suite d'une démonstration percutante de la fragilité des supports électroniques faite par l'auteur de ces lignes au comité ministériel de la Justice, présidé par le sous-ministre Daniel Jacoby, que les dispositions sur le « testament déclaré » ont été mises au rancart. En annexe au présent texte, on trouvera le texte de l'auteur adressé au président du sous-comité de législation (réforme du code civil) de la Chambre des notaires daté du 31 mai 1984.

Brièvement, cette démonstration a prouvé que les enregistrements magnétiques pouvaient très facilement être altérés au point de les rendre inutilisables et ce sans avoir à toucher au support voire même décacheter l'enveloppe contenant le support des dernières volontés. Les aléas de la conservation à long terme accentuaient cette vulnérabilité que, dans certains cas, la disparition par obsolescence du type d'appareil (le format électromécanique) pouvant permettre la reproduction de l'œuvre enregistrée venait confirmer irrémédiablement.

Au cœur de nos préoccupations logeait l'intérêt du public. En effet, est-il responsable que le législateur, en reconnaissant une forme testamentaire non éprouvée dans le temps, laisse ainsi croire aux justiciables que ceux-ci peuvent avoir recours à cette nouvelle forme de testament en toute sécurité ?

L'intervention de la Chambre des notaires a fait ici la différence. Vingt-trois ans plus tard, la disparition du format vidéo *Beta*, des disquettes « *Flopy* », du magnétophone à ruban et bientôt à cassette ainsi que l'évolution constante des logiciels informatiques mettent en lumière la sagesse de sa position d'alors.

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*, quelques testaments établis sur support informatique ont été présentés aux tribunaux pour vérification. Après une décision malheureuse d'un greffier de la Cour supérieure qui a validé un testament tiré d'une disquette trouvée dans les affaires du défunt, l'honorable Juge Clément Trudel, j.c.s.[2] a remis les pendules à la bonne heure. Seules les trois formes reconnues à l'article 712 du *Code civil du Québec* doivent prévaloir et la confection d'un testament sous toute autre forme doit être rejetée.

Pour certains qui croiraient que c'est par « oubli » que le *Code civil du Québec* ne fait pas mention du testament dit « informatisé » soient détrompés ; c'est sciemment et expressément que le législateur a écarté toute autre forme de rédaction testamentaire que celles qu'il reconnaît à l'article précité.

II. La réserve héréditaire

Le projet de la loi 20 portant réforme au *Code civil du Québec* en matière du droit des personnes, des successions et des biens, avançait deux mécanismes de protection patrimoniale au conjoint marié survivant : la survie de l'obligation alimentaire et la réserve héréditaire.

La Chambre des notaires s'est opposée à ces deux mesures quoiqu'elle se soit antérieurement montrée favorable à la survie de l'obligation alimentaire. Elle a donc combattu énergiquement ces deux mesures et pour ce faire, a eu recours pour la première fois en matière de législation, à l'opinion publique exprimée dans un cadre exprès et rigoureux.

Rappelons brièvement que la réserve proposée consistait dans une attribution légale et obligatoire d'une quote-part de la succession, soit au conjoint (marié) survivant et aux enfants, soit au premier ou aux seconds, le testateur n'ayant plus la faculté de disposer autrement par testament de cette quote-part de sa succession.

La Chambre était d'avis que cette mesure allait mener au fractionnement des héritages alors qu'au Québec les successions en grande majorité sont modestes. Bénéficiant aux enfants du défunt, cette réserve allait priver le conjoint survivant d'une partie importante de la succession qui généralement, de tradition au Québec, lui est léguée en totalité. De plus, la réserve

---

2 *Perreault* c. *Desrochers*, AZ-00021058 (C.S.).

étant établie sur la valeur de l'ensemble des biens du défunt, y compris sur des biens à lui échus par donation ou héritage, elle aboutirait à la transmission obligatoire au conjoint survivant de biens qui n'ont aucun rapport avec le partage des fruits du labeur commun des époux durant mariage, transmission que notre droit a toujours reconnue comme devant relever de la décision unique du testateur.

Pour tout dire, la portée uniforme d'un tel principe et son application universelle sans égard à l'état des époux (second mariage par exemple), à leur régime matrimonial et à leur condition particulière (enfants en bas âge, ingratitude, etc.) et la création d'un quasi-droit de propriété sur une partie du patrimoine d'une personne, allaient constituer un changement à la philosophie de notre droit d'une telle ampleur que la Chambre invitait le législateur à s'assurer, avant d'introduire cette mesure, que la population soit désireuse d'une telle réforme.

Quant à la survie de l'obligation alimentaire, la Chambre déplora le caractère essentiellement litigieux du mécanisme de mise en œuvre de cette mesure de protection des personnes « à charge » du défunt.

A. Les notaires mis à contribution

Soucieuse de connaître la « culture » québécoise en la matière, la Chambre a d'abord adressée aux notaires, un questionnaire les invitant à passer en revue les testaments de personnes mariées, qu'ils ont reçus lors des dernières années et, sous anonymat en respectant la confidentialité, à noter en nombre le lien de parenté existant entre le testateur, la testatrice d'une part et le ou les légataires en premier ordre d'autre part. Quelques 738 questionnaires ont été rendus au comité de législation qui, après compilation, a pu établir que 75 % des testateurs mariés avec ou sans enfants, léguaient l'ensemble de leurs biens à leur conjoint et 8 % les partageaient entre leur conjoint et leurs enfants.

Ces données, tout à fait fiables vue l'ampleur de l'échantillon, confirmaient l'impression des membres du comité à l'effet que le legs universel au conjoint survivant faisait intimement partie de la « culture québécoise » en matière successorale.

B. Qu'en pensait le public ?

La Chambre a bien constaté la réticence d'alors des rédacteurs du projet de code civil à abandonner l'idée d'instaurer une réserve héréditaire. Aussi, pour la première fois de son histoire, elle a eu recours à une cueillette scientifique de l'opinion publique en confiant un mandat détaillé en huit questions à la firme à sondage SORECOM.

Cette cueillette d'opinions[3] a été effectuée en septembre 1985 auprès de 4516 répondants composés de 2201 hommes et 2314 femmes, dans tous les groupes d'âge de plus de 18 ans et répartis sur tout le territoire québécois. Pour les fins précises du sujet, 1845 répondants furent éligibles et de ceux-ci 1201 ont été interviewés.

Toutes les strates de revenus, tous les niveaux d'éducation et même les origines ethniques des répondants étaient identifiées et équitablement représentées.

La Chambre s'était engagée à dévoiler les résultats du sondage peu importe que ceux-ci soutiennent ou non sa position. Rappelons qu'en cas de volonté ferme d'aller de l'avant avec l'une ou l'autre mesure, la réserve héréditaire ou survie de l'obligation alimentaire, la Chambre préférait la réserve héréditaire parce que plus conforme à l'esprit de notre droit civiliste et moins susceptible de créer de l'animosité au sein des familles que ne manqueraient pas de soulever les réclamations litigieuses en pensions alimentaires *post mortem*.

C. Une opinion publique réfractaire

Ce qui a tout d'abord surpris, c'est la relative homogénéité de l'opinion publique selon les sous-groupes (âge, sexe, scolarité, revenus, régions, etc.). Les pourcentages variaient peu, ce qui révélait des données sociologiques sinon culturelles solidement enracinées dans la société québécoise. Ensuite, le sondage a constaté que les femmes étaient plus réfractaires aux changements proposés que les hommes.

Concernant la réserve héréditaire obligatoire, 62 % des répondants (66 % chez les femmes, 58 % chez les hommes) se sont prononcés contre l'instauration d'une réserve obligatoire et si le législateur décidait de l'imposer

---

3 SORECOM Omnibus, (30 sept. au 5 oct. 1985) # 085-400 SORECOM INC.

quand même, cette réserve selon les répondants, devait bénéficier tant au conjoint qu'aux enfants, peu importe l'âge pour ces derniers.

Enfin, 75 % des répondants se disaient d'accord pour avoir la faculté de renoncer à cette réserve héréditaire par contrat de mariage.

D. La survie de l'obligation alimentaire

Sur la question de l'instauration d'une obligation alimentaire dont la satisfaction survivrait au débiteur pour lier sa succession, l'opinion publique était plutôt confuse. Qu'on en juge.

Alors que 49 % des répondants sont contre le recours au tribunal pour permettre à un membre de la famille d'obtenir de la succession une pension alimentaire (44 % en faveur), 72 % de ces mêmes répondants (77 % des femmes et 66 % des hommes) refusent de reconnaître ce droit au conjoint divorcé (23 % en faveur) et ce pourcentage grimpe à 83 % chez les répondants qui expriment l'avis que cette mesure va créer des conflits au sein des familles.

E. L'intervention gouvernementale est-elle souhaitée en matière de testament ?

Enfin, 93 % de l'échantillon appuie l'énoncé voulant que le partage des biens au décès soit une affaire qui ne regarde que le testateur personnellement à l'encontre d'un maigre 4 % qui souhaite l'intervention du gouvernement dans le domaine des testaments.

La maison de sondage a senti le besoin de préciser que « *Dans tous les sous-groupes socio-démographiques, près de 90 % reconnaissent le premier de ces énoncés comme étant celui des 2 qui correspond le mieux à leur propre opinion* »[4].

F. La suite des choses

Les résultats de ce sondage ne sont certes pas étrangers à la mise au rancart de la réserve héréditaire par le législateur qui lui préféra la survie

4 SORECOM, *op. cit.*, note 3.

de l'obligation alimentaire qu'il a balisée de telle sorte[5] que l'entente entre le demandeur, créancier alimentaire, et le liquidateur successoral, pour le débiteur, soit hautement favorisée, laissant l'appel au tribunal comme unique solution de dernier recours.

Il faut reconnaître encore ici, le rôle éminemment engagé et responsable de la Chambre des notaires dans un débat de société dont les conséquences sont aujourd'hui certaines pour tous les membres de la société québécoise.

III. Le mandat de protection

La chronologie des travaux de la réforme du Code civil nous amène à l'automne de 1988. Studieusement, les artisans de cette réforme, rédacteurs ministériels, parlementaires et intervenants socio-juridico-économiques planchent sur le Livre Cinquième, *Des Obligations*, Titre Deuxième, *Des contrats nommés*.

L'auteur ayant déjà traité amplement de la petite histoire de ce nouvel instrument juridique[6] dans une publication antérieure, il n'en reprendra ici qu'un résumé suffisant pour bien faire comprendre l'esprit et la dynamique qui animait alors la Chambre des notaires à l'aune de la déjudiciarisation dans l'application du *Code civil du Québec*.

En novembre 1988, la Commission des institutions de l'Assemblée nationale siège pour une cinquième fois sur les travaux du Code civil. *Des contrats nommés* faisaient l'objet de l'étude des parlementaires. La Chambre y présentait avec application son mémoire comme à l'habitude ; mais comme deux heures lui suffirent, elle disposait encore d'une heure en cette commission. Alors, sur demande du président de la Chambre des notaires, un retour fut autorisé sur le projet de loi 20 (alors adopté mais non sanctionné) portant sur le droit des personnes, des biens et des successions.

Un réquisitoire virulent contre la judiciarisation des régimes de protection dressé par la Table de concertation des aînés d'Anjou, reçu la veille

---

5 C.c.Q., art. 684 et 688.

6 François DUPIN, *Les mandats en cas d'inaptitude : une panacée ?*, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 146, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 83.

par le président de la Chambre des notaires, fut remis par ce dernier aux parlementaires.

Le président de la Chambre proposa alors de déjudiciariser complètement les cas simples d'inaptitude en permettant la mise en œuvre d'un mandat spécifique, signé devant notaire, dont l'exécution était précisément enclenchée par un constat médical d'inaptitude, un principe qui allait à l'encontre des règles établies en matière de mandat.

Une semaine peut être deux tout au plus s'étaient écoulées lorsque le sous-ministre en titre de la justice M[e] Jacques Chamberland[7] téléphona au président de la Chambre pour l'informer que le ministère irait de l'avant avec son idée de mandat de protection, et même qu'il n'attendrait pas l'adoption du nouveau code civil (dont la date était alors inconnue) mais prendrait occasion de l'adoption d'une loi (projet 145) modifiant la *Loi sur le Curateur public* pour devancer l'implantation de ce nouveau mandat dans le *Code civil du Bas-Canada*.

La déception fut grande en mai 1989 lorsqu'il nous fut donné de lire le projet de loi 145. Le mandat en prévision de l'inaptitude s'y trouvait bel et bien mais dénaturé en quelque sorte puisque sa mise à exécution était entièrement judiciarisée, et de surcroît son caractère solennel conféré par la forme notariée obligatoire, repoussé dans les câbles par la coexistence d'une formulation sous seing privé, dépourvue de l'intervention précautionneuse et préventive du notaire.

Le ministre de la justice nous affirma alors que l'homologation judiciaire viendrait assurer que les droits des individus garantis par les chartes des droits ne seraient pas bafoués (!). La forme notariée n'était donc pas essentielle (!).

Bien que la formule proposée par la Chambre n'ait pas été intégralement retenue, il n'en demeure pas moins que l'essentiel de la proposition se retrouve dans ce mandat, nouvel instrument de planification de ses affaires en prévision de l'inaptitude. L'accueil que la population lui a réservé a confirmé au-delà de toute anticipation, la pertinence de cette idée mise de l'avant par la Chambre des notaires et qui remettait en cause un paradigme de notre droit en matière de mandat ; celui de sa validité pour autant que le mandant conserve l'aptitude à en évaluer l'exécution et à le révoquer pour cause.

---

7 Aujourd'hui juge à la Cour d'appel du Québec.

Il est intéressant de constater que le législateur français vient d'adopter[8] un mandat dit de *protection future* largement inspiré du modèle québécois et, étonnamment, le texte qu'il nous est donné de voir prévoit sa mise en œuvre par simple constat médical originant de praticiens de la médecine agréés sur une liste ministérielle (article 481 C.c.).

Plus intéressant encore, le rôle dévolu aux notaires en cette matière. Seul le mandat notarié peut prévoir des pouvoirs de pleine administration au mandataire, lequel doit annuellement rendre compte au notaire qui a instrumentalisé l'acte (articles 490, 491 et 493 C.c.).

Au Québec, après dix-sept années d'expérience vécue, on constate que plus de 80 % des mandats de protection sont reçus devant notaire. Il y a ici une indication claire de la confiance du public envers ses notaires, et le législateur québécois devrait en tirer leçon dans un élan législatif visant à simplifier davantage la procédure de mise en œuvre de ce mandat de protection en tirant avantage du statut et de l'expertise du notaire en cette matière. Le mandat de protection notarié devrait être mis à exécution au moyen d'une procédure allégée devant notaire qui éviterait les délais actuels de 3 ou 4 mois que les intéressés trouvent bien long lorsqu'il faut agir *avec diligence*.

Les Français, les descendants de ceux qui ont les premiers érigés le grand principe de la protection de la liberté des individus en principe de gouvernance étatique, n'ont rien vu de contraire à ce principe en prévoyant la mise à exécution d'un mandat de protection future dans un court laps de temps, en accordant au mandant ou à tout intéressé qui s'y oppose, le droit d'en contester la mise à exécution dans les 30 jours (article 484 C.c.).

Mus par les mêmes principes de protection et de sauvegarde de l'autonomie des personnes, le législateur français a donc jugé que ce droit de contestation après l'homologation du mandat de protection respectait suffisamment ce principe fondamental.

Car il faut ici prendre en compte un fait très important. À la différence d'un régime de protection dit public où le protégé n'aura rien à dire quant au choix de son protecteur, le mandat de protection quant à lui, émane de celui qui devra éventuellement être protégé : le mandant a exprimé sa confiance envers une ou plusieurs personnes qu'il charge d'assurer sa protection dans l'éventualité de son inaptitude. Pourquoi ne pas permettre à ces

---

8 *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, NOR JUSX0600126L, voir Livre 1er Section 5 Sous-section 2.

personnes de prendre rapidement l'exercice de leur charge lorsque le besoin est constaté plutôt que de leur imposer une espèce de purgatoire lors duquel, de toute façon, des décisions devront être prises et des gestes posés – dans l'ambiguïté malheureusement ?

C'est un défaut très répandu chez les juristes de ne voir la réalité de la vie que par la lorgnette des cas d'exception. Les dernières données révèlent que plus de 55 % des majeurs actuellement protégés au Québec, soit plus de 7,000 cas, le sont en vertu d'un mandat de protection qu'ils ont signé. Combien y a-t-il de cas problèmes parmi ceux-ci ?

Alors pourquoi imposer une procédure lente et tatillonne à la mise en œuvre de ces mandats de protection alors qu'un mécanisme prompt, efficace et diligent pourrait très bien faire l'affaire en permettant la suspension de cette mise à exécution dans les quelques rares cas problèmes ?

À l'évidence, l'expérience vécue depuis 1990 autorise le législateur à réviser la procédure de mise à exécution du mandat de protection et de prendre occasion de replacer ce mandat spécifique dans la section du Code civil relative aux régimes de protection des majeurs et de le considérer comme tel : un régime privé de protection à l'initiative de l'éventuel protégé.

Au passage, il pourra être fait droit aux récentes préoccupations de la Cour d'appel du Québec en cette matière.

Il est temps d'agir !

IV. La déjudiciarisation

Fin des années 80, la Chambre des notaires du Québec lance le mot : déjudiciarisation. Les communicateurs patentés lui déconseillent d'utiliser ce mot qui exige un écarquillement des lèvres aussi prononcé que l'effort imaginatif est exigeant.

La déjudiciarisation du droit ou de sa mise en œuvre à tout le moins, est une vision qui est née lors de l'intense exercice de réflexion qui a eu cours à la Chambre des notaires du Québec à l'occasion des travaux de la réforme du Code civil québécois. Le terreau : les nombreuses données chiffrées qui révélaient à la fois qu'un droit dont on n'a pas les moyens de faire prévaloir n'en est pas un, et à la fois qu'une majorité de citoyens n'avait justement pas les moyens de recourir au judiciaire, un recours et parcours long, fastidieux et coûteux.

Pour la Chambre des notaires du Québec, il fallait saisir l'opportunité unique que la réforme du code civil offrait pour modifier la culture juridique en matière de droit civil. Il faut désormais œuvrer en amont du conflit potentiel et non en aval. Bref, pour la Chambre, la prévention avait définitivement meilleure réputation.

La Chambre des notaires visa dans un premier temps les procédures dites non contentieuses. Elle a proposé d'en déjudiciariser totalement la mise en œuvre en tablant sur le statut d'officier public du notaire. Elle ne prévoyait le recours au tribunal que dans les très rares cas de contestation.

Évidemment, consciente de l'envergure de la tâche, la Chambre a eu recours une fois de plus à l'opinion publique au moyen d'une campagne de sensibilisation populaire aux travaux de la réforme. Cette campagne suivait de peu l'intense activité médiatique entourant l'adoption du projet de loi 146 sur le patrimoine familial et, passé inaperçu, le projet de loi 145 modifiant la *Loi sur le Curateur public* et instaurant les dispositions relatives au mandat de protection en cas d'inaptitude.

Nous en sommes alors à la toute fin des travaux consultatifs et les rédacteurs sur le point de se « retirer » pour reprendre toute cette masse de propositions diverses émanant des intervenants et coucher le texte définitif pour présentation à l'Assemblée nationale.

La Chambre comprend bien qu'un « virage déjudiciarisation » est alors peu probable compte tenu notamment de la position ferme et négative du ministre de la Justice, Gil Rémillard. Elle décide alors de « *semer la bonne parole* » avec comme première cible le Sommet sur la justice qui se tiendra au printemps de 1991, une prolongation en quelque sorte du symposium, *Le droit en question* d'avril 1990, organisé par L'Agora en collaboration avec la Chambre des notaires spécifiquement pour faire la promotion de la déjudiciarisation en mettant à contribution des acteurs socio-économiques de premier plan de la société québécoise.

Il ne sied pas au cadre de la présente publication d'élaborer sur cet exercice socio-juridique inédit et demeuré à ce jour sans équivalent dans l'histoire du droit au Canada.

Toutefois, je tenais à démontrer que la semence de la déjudiciarisation plantée à cet époque par la Chambre dans le sol juridique du Québec, a germé avec l'adoption en 1998 du projet de loi 443, ce qui vint modifier le *Code de procédure civile du Québec* pour déjudiciariser (mais pas complètement, malheureusement, sauf pour la vérification des testaments) les procédures dites non contentieuses en matière d'ouverture, de révision des

régimes de protection et de mise à exécution (l'homologation) des mandats de protection en confiant un rôle accru aux notaires en cette matière.

Je suis convaincu que, bien que lente, la déjudiciarisation de notre droit est inéluctable. Il nous faut simplement persister à faire valoir nos convictions.

Rappelons que vers la fin des années 1960, lorsque M[e] Roger Comtois s'est fait le promoteur de la société d'acquêts comme régime matrimonial supplétif, les appuis au régime de la séparation de biens comme régime légal étaient nettement dominants. M[e] Comtois a su convaincre malgré les réactions fortement conservatrices du monde juridique. Aujourd'hui, qui remettrait en cause la sagesse ayant prévalu dans ce choix législatif ?

Annexe

Section V
Du testament déclaré

Monsieur le président,

Le soussigné dépose par le présent document, ses commentaires qui porteront exclusivement sur la substance du 2[o] alinéa de l'article 775 du projet soumis à l'étude. Je ferai part de mes remarques et commentaires sur l'ensemble de cette section à la table de travail, en même temps que mes collègues.

Ce deuxième alinéa de l'article 775 dudit projet reflète un souci d'accorder la législation aux nouvelles réalités qui découlent de l'évolution technologique des récentes décennies ; en soit, on devrait féliciter le législateur pour cette initiative qu'on voudrait, par ailleurs, heureuse. Malheureusement dans l'espace présent, on doit se retenir de pareil épanchement ; la dernière ligne de ce 2[e] alinéa trahit plutôt une improvisation aux conséquences aussi insoupçonnées que désastreuses.

La question est simple : qu'arrivera-t-il lorsque de nombreuses présumées dispositions testamentaires n'auront que « l'enveloppe » de l'article 774 comme contenu ? Désarroi des successibles ! Recours en responsabilité pour défaut de conservation appropriée ! Pire : laisser croire aux futurs défunts que nous sommes, que tester à peu près n'importe comment, sera néanmoins reconnu par la loi et assuré d'exécution. À l'évidence, les auteurs du projet n'ont consulté aucune autorité que ce soit en matière de conservation des enregistrements mécaniques, optique ou magnétique.

Il est étonnant que cette dimension « conservation » ait échappée dans une matière où l'écoulement du temps, donc l'assurance d'un certain futur, est une donnée fondamentale. Faire son testament, n'est-ce pas stipuler pour le futur ?

Concrètement, je soumets :

1- Que les documents autres « qu'écrits » originent d'une technologie relativement récente dans l'histoire humaine. Que les plus largement répandues de ces technologies n'ont pas cinquante ans d'existence ; c'est un bien court « test du temps » en matière de conservation.

2- Les auteurs de ce projet ignorent sans doute que les films (optique), les disques (mécanique) et toutes les bandes et cassettes magnétiques qui ont survécu plus de dix ans, ont été l'objet de précautions et de mesures de conservations appropriées.

Particulièrement en matière d'enregistrement magnétique (la plus répandue, et de loin, de ces nouvelles techniques), la qualité des supports (plastiques et minéraux), le degré de température (max. 16 °C) et l'absence de champs magnétiques des lieux de conservation, sont quelques-unes des données essentielles à tout effort de conservation pour une période le moindrement prolongée (plus d'une année, et encore !).

Pour se convaincre de ces vérités inhérentes à la technologie magnétique, qu'on s'informe auprès des organismes de production, de radiodiffusion et même des institutions d'enseignements, sur les mesures qu'ils ont mises en œuvre, à grand frais, pour assurer au mieux (jamais à 100 %) la conservation de leur bibliothèque sonore et vidéo.

3- Qu'en est-il des nouveaux « crayons » ?

Autant sinon plus que la conservation en longue période, l'outil enregistreur soulève des problèmes des plus sérieux.

Par exemple, la qualité de l'appareil enregistreur est importante si on envisage une préservation de l'enregistrement en longue période. Cette qualité devient cruciale en matière d'enregistrement magnétique informatisé (cassettes ou disquettes) puisque la moindre déficience à la lecture risque de se traduire pour un message totalement erroné ou, plus fréquemment par une absence tout court de message, le lecteur refusant de fonctionner faute d'informations électroniques suffisantes.

Des techniciens le moindrement expérimentés n'hésiteront pas à confirmer que ce genre de problème est fréquent, et même sur des produits enregistrés par le manufacturier.

Est-il prudent alors de laisser croire au public que la cassette ou la disquette originant de son appareil domestique pourra, à coup sur, être électroniquement lisible,

a) sur un autre appareil (même de marque identique)
b) dans 5, 10 ou même 30 ans ?

Qui se rappelle des enregistreurs sur fils magnétiques ?

Pourtant ces appareils ont connu une large diffusion à la fin des années 40 et début des années 50. Or aujourd'hui, je me demande où je pourrais faire « lire » un testament enregistré sur l'une de ces machines !

Cet exemple pose toute la question de « l'obsolescence » des équipements issus de notre aire de technologies soit disant avancées. La désuétude est une donnée essentielle de l'histoire des technologies dites nouvelles.

- QUI peut garantir que telle cassette ou disquette pourra trouver dans 5, 10 ou 15 ans, un appareil lecteur ? La firme aurait-elle fait faillite et ses produits disparus à la ferraille ?

IL FAUT SE RAPPELER ICI qu'on s'adresse au public en général et non à une clientèle spécialisée dotée d'un soutien technique qui réagit aux « fluctuations » techniques et technologiques.

4- Enfin, a-t-on réfléchi aux nombreux problèmes d'identification que cet « avant-gardisme » risque de poser.

Identification d'abord du support de l'enregistrement : qu'est-ce qui distingue, à l'œil nu, une cassette ou disquette vierge de celle qui referme un message ? Qui ne s'est déjà trompé entre deux cassettes fabriquées par le même manufacturier ?

Il est pensable que des héritiers puissent tenter de tenir responsable le dépositaire d'un testament par exemple magnétique pour défaut de conservation, si le support se révèle vierge, ou pire, avoir subit l'érosion électronique causée, par exemple, par le système d'éclairage ou de chauffage des lieux de conservation.

Problème d'identification de la « voix » par exemple ; qui peut assurer qu'aucun tribunal ne sera sensible à une preuve, par exemple présentée par les proches du défunt, jurant sur tous les évangiles que ce testament

« sans allure » est le produit d'une fraude, puisque aucun membre de la famille ne reconnaît la voix du testateur ?

6- Un autre problème, et non le moindre, risque de voir le jour si jamais cette forme de tester était retenue par le législateur.

Il est facile d'imaginer la nuée de techniciens empressés de faciliter sinon d'agrémenter « la chose » pour ces testateurs qui pourraient, au moins une fois dans leur vie être « vedette ». Il est sûrement à prévoir que la TEL ÉTERNEL INC. fera des petits, et rien ne garantit que ce sera pour le plus grand bien du public.

Finalement, le virage technologique appliqué au testament, en plus d'introduire l'incertitude en matière de conservation et de lecture, risque de faire disparaître le minimum de sérieux ou de recueillement que ce geste solennel présuppose. On oublie trop vite, je crois, l'avantage immense de l'écrit en cette matière ; saisissant le document du regard, le testateur procède à une dernière réflexion avant de signer.

MAIS qui donc a pu s'imaginer que la population du Québec réclame une telle originalité du législateur ?

Au contraire, m'est avis que cette population recherche plus que jamais la sécurité de ses biens, la stabilité dans ses rapports contractuels et l'assurance que ses dernières volontés seront respectées, au surplus, en simplifiant si possible.

Au fait, a-t-on simplifié quelque chose avec ce TESTAMENT DÉCLARÉ ?

L'ACCROISSEMENT DU POUVOIR DISCRÉTIONNAIRE DU JUGE EN MATIÈRE DE VALIDATION D'UN TESTAMENT INFORME : LES ENSEIGNEMENTS DE LA COUR D'APPEL*

Brigitte LEFEBVRE**

* Remerciements à Thuy Tran et Magalie Throude Montjaux qui ont grandement collaboré à la recherche et à la rédaction de ce texte.

** Docteure en droit et notaire, professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Montréal, titulaire de la Chaire du notariat.

Le droit québécois a toujours encadré strictement les formes testamentaires permises, afin d'assurer que les volontés qui y sont contenues soient d'une part, mûrement réfléchies et d'autre part, qu'elles émanent bel et bien du testateur. De plus, il importe que ce dernier soit à l'abri des influences extérieures et que le contenu du testament ne puisse être falsifié[1]. Le non-respect des formes testamentaires entraîne, en principe, la nullité de ce dernier. La sanction est donc très sévère.

Sous le *Code civil du Bas-Canada*, la jurisprudence avait quelque peu assoupli la rigidité de cette règle en considérant, entre autres, que la portion manuscrite à l'intérieur d'un document dactylographié pouvait valoir comme testament olographe ou que la signature puisse être apposée sur une enveloppe contenant le testament plutôt que sur ce dernier. Le notaire Comtois a été appelé à commenter ce courant jurisprudentiel à plusieurs reprises. Il a parfois salué l'interprétation libérale des exigences de forme par les tribunaux afin de donner effet aux dernières volontés d'un défunt[2] et l'a décrié dans d'autres cas[3].

Le *Code civil du Québec* a innové en introduisant une mesure qui permet de sauvegarder le testament olographe ou devant témoins qui ne répond pas à toutes les formalités de forme s'il contient de façon certaine et non-équivoque les dernières volontés du défunt. Cet article a une portée plus étendue qu'il n'y parait de prime abord. L'article 714 ne permet pas de valider comme testament notarié, un testament qui ne remplit pas toutes les exigences de la forme notariée. Toutefois, selon l'article 713, le testament notarié informe peut, dans certains cas, valoir comme testament fait sous une autre forme s'il en respecte les conditions de validité. Selon la Cour d'appel, lors de l'examen du testament que l'on cherche à valider sous une

---

1 Avec les possibilités de trucage visuel ou audio quasi illimitées qu'offrent les nouvelles technologies, le législateur a été très sage de s'en tenir à l'exigence d'un écrit.

2 Roger COMTOIS, « Vérification d'un testament olographe contenu à l'intérieur d'un contrat de vente d'un véhicule automobile », (1981) 83 *R. du N.* 365 ; Roger COMTOIS, « Jurisprudence. Testament olographe signé du seul prénom – Validité », (1974-75) 77 *R. du N.* 174 ; Roger COMTOIS, « Jurisprudence. Testament olographe sur formule imprimée », (1977-78) 80 *R. du N.* 329.

3 Roger COMTOIS, « Testament olographe – signature – mention maman et bonne maman – nullité du testament », (1958-59) 61 *R. du N.* 507.

autre forme que la forme notariée, l'article 714 peut s'appliquer pour pallier les manquements mineurs à cette autre forme[4].

Malgré les pouvoirs conférés aux tribunaux, le testament demeure en droit québécois un acte formaliste. La genèse mouvementée de l'article 714 C.c.Q[5], octroyant un pouvoir discrétionnaire au tribunal en vue de valider certains testaments informes, indique que l'introduction de cette mesure a été longuement discutée, afin de ne pas introduire « une quatrième forme de testament, le "testament judiciaire" […] »[6] qui existe dans certaines provinces de *common law*[7]. Il importe de rappeler, pour les fins de notre pro-

---

4 *St-Jean Major* c. *Cardinal Léger et ses oeuvres*, J.E. 2004-185 (C.A.) ; *contra* : Jacques BEAULNE, « L'article 714 du Code civil du Québec huit ans plus tard : erreur du législateur ou égarement des tribunaux ?», dans J. BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 25, à la page 34.

5 Inconnue du Code civil du Bas Canada, elle n'est pas le fruit d'une recommandation de l'Office de révision du Code civil. Prévue par le projet de loi 107 de 1982 (*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des successions*, Projet de loi n° 107, 3e session, 32e législature (Québec)), puis reprise dans le projet de loi 20 de 1984 (*Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, Projet de loi n° 20, 5e session, 32e législature (Québec)), la disposition a été adoptée le 26 juin 1985 après moult débats (Voir ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats*, Commissions parlementaires, sous-commission des institutions, 12 juin 1985, p. 497 et 26 juin 1985, p. 619). Le projet 20 ayant été remanié en 1987, l'article a été modifié de nouveau pour être incorporé au projet 125 de 1990 (*Le Code civil du Québec*, Projet de loi 125, 1ère session, 34e législature (Québec)) adopté en 1991. Des différentes moutures, la version finale restreint la portée de la règle initialement proposée.

6 Germain BRIÈRE, *Les successions*, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, n° 441, p. 551.

7 Dans les provinces canadiennes de *common law*, seuls le Manitoba et le Saskatchewan ont mis en place un pouvoir judiciaire équivalent. Pour comparer, voici le texte des articles :

> *Loi sur les testaments*, C.P.L.M. c. 1985, s. 23 : Sur requête, le tribunal peut ordonner qu'en dépit de la non-conformité de sa passation avec la présente loi, un document produise entièrement ses effets, comme s'il avait été passé conformément aux exigences relatives à la forme imposées par la présente loi, au titre de testament du défunt ou à celui de révocation, de modification ou de remise en vigueur du testament du défunt ou des intentions testamentaires comprises dans un autre document, selon le cas, lorsque le tribunal est convaincu que se trouve énoncées au document ou à toute inscription y portée : a) les intentions testamentaires du défunt ; b) l'intention du défunt de révoquer, de modifier ou de remettre en vigueur un de ses testament ou ses intentions testamentaires énoncées dans un document autre qu'un testament (L.M. 1995, c. 12, art. 2)

pos, que l'exigence de respecter les conditions de forme pour l'essentiel a été introduite pour limiter la discrétion judiciaire.

Pour certains, l'adoption de cette règle n'est que l'aboutissement des évolutions doctrinales et jurisprudentielles favorables à une interprétation libérale des exigences formelles entourant la confection d'un testament aux fins de donner effet aux volontés du testateur (enfin à celles qu'on lui prête)[8]. Pour d'autres, la disposition contenue dans l'article 714 C.c.Q. dépasse de loin la tolérance des jugements passés[9]. C'est la lecture du Ministre de la Justice qui, dans ses Commentaires[10], présente l'article comme étant de droit nouveau. En effet, jusqu'alors, l'intervention judiciaire pour valider un testament à première vue défectueux passait souvent par le mécanisme de l'interprétation[11].

L'introduction de l'article 714 C.c.Q qui consacre officiellement une activité tolérée fait craindre, compte tenu de la disparité de la jurisprudence, que les gardes-fous mis en place se révèlent insuffisants pour contenir les débordements de l'interprétation créatrice du juge. En effet, les auteurs critiquent le flou entourant les modalités de mise en œuvre de cet

---

Loi sur les testaments, L.S. 1996, c. W-14,1, s. 37 : « The court may, notwithstanding that a document or writing was not executed in compliance with all the formal requirements imposed by this Act, order that the document or writing be fully effective as though it had been properly executed as the will of the deceased or as the revocation, alteration or revival of the will of the deceased or of the testamentary intention embodied in that other document, where a court, on application is satisfied that the document or writing embodies : a)the testamentary intentions of a deceased ; or (b) the intention of a deceased to revoke, alter or revive a will of the deceased or the testamentary intentions of the deceased embodied in a document other than a will » (S.S. 1989-1990, c.66, s.9).

8 Voir notamment l'opinion du juge Taschereau dans *Thériault (Succession de)*, B.E. 99BE-426 (C.S.), n° 16 : « Dans cette perspective, la règle énoncée à l'article 714 C.c.Q. n'a rien de nouveau. Elle codifie un courant jurisprudentiel déjà solidement ancré et n'y ajoute rien de substantiel » ; Voir également : J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 4, 58.

9 Roger COMTOIS, *Les testaments*, mis à jour par Jacques BEAULNE dans Chambre des notaires du Québec, *Répertoire de droit/nouvelle série*, « Les libéralités », Doctrine – Document 2, Montréal, 2000, n° 84, p. 22.

10 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1994, p. 426.

11 Voir à ce sujet les références de : Germain BRIÈRE, *Les Successions*, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, n° 439, p. 524 plus particulièrement à la note 439-10.

article, le manque de directive ou de ligne directrice pour guider ou canaliser cette discrétion judiciaire.

En effet, l'interprétation et la portée de l'article 714 ont fait couler beaucoup d'encre. La doctrine[12] a tenté de mettre un peu d'ordre dans ce corpus jurisprudentiel qui, *a priori*, s'avère souvent incohérent ou contradictoire. Utilisé à toutes les sauces durant sa première décennie, la Cour d'appel intervient et oriente peu à peu la portée de cet article. Dans ce texte, nous soulignerons les enjeux et les embûches rencontrés dans la mise en œuvre de l'article 714 C.c.Q. ainsi que les acquis à ce jour. Nous nous attarderons principalement sur les enseignements que l'on peut tirer des décisions de la Cour d'appel.

I. Les conditions de mise en œuvre de l'article 714 C.c.Q.

Le législateur impose deux conditions pour que le tribunal puisse valider un testament défectueux et en admettre la vérification. Dans un premier temps, l'article 714 C.c.Q[13] exige que l'écrit satisfasse au préalable aux règles essentielles de forme testamentaire. Puis, dans un second temps, l'article énonce que l'écrit doit contenir de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du testateur.

Cette deuxième condition ne pose pas de problème d'application. Les tribunaux exigent la preuve non équivoque des dernières volontés du défunt pour valider un testament informe[14]. Cette exigence traduit en réalité une exigence de fond, soit l'existence de l'*animus testandi*. Nul document ne peut prétendre valoir comme testament si l'intention de tester n'est

---

12 Pierre CIOTOLA, « Le testateur et son clone inavoué, le juge : clone difforme ou conforme dans la recherche des intentions du testateur », (2005) 39 *R. J.T.* 1 ; J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 4, 25 ; Jacques BEAULNE, « Bilan d'une première décennie en droit des successions », (2003) 105 *R. du N.* 271 ; Nicholas KASIRER, « The "Judicial Will" Architecturally Considered », (1996) 99 *R. du N.* 3.

13 Art. 714 :«Le testament olographe ou devant témoins qui ne satisfait pas pleinement aux conditions requises par sa forme vaut néanmoins, s'il y satisfait pour l'essentiel et s'il contient de façon non équivoque les dernières volontés du défunt. »

14 *Veilleux* c. *Veilleux*, J.E. 97-698 (C.A.) ; *Moufrage-Renaud* c. *Lehan*, J.E. 97-849 (C.A.) ; *Martel* c. *Laska*, J.E. 2001-410 (C.A.) ; *Langlais (Successions de)* c. *Langlais-Bouchard*, J.E. 99-1764 (C.A.) ; *Ahern-Tisseyre* c. *Tisseyre*, J.E. 2002-1252 (C.A.).

pas manifeste[15]. L'examen de la qualité des manquements aux conditions de forme est alors superflu. Il n'en demeure pas moins, vu le texte de l'article 714, que si le juge est convaincu que le document soumis à l'étude contient les dernières volontés du défunt il doit, pour être validé, satisfaire pour l'essentiel aux conditions de forme. C'est alors que l'autre exigence de l'article 714 entre en ligne de compte et vice et versa.

Ainsi, la discrétion judiciaire ne peut s'exercer que si le document satisfait pour l'essentiel aux conditions de forme et elle ne saurait reposer uniquement sur l'expression non équivoque des volontés du défunt. Cette démarche énoncée d'abord en Cour supérieure par le juge Taschereau dans l'affaire *Thériault (Succession de)*[16] et réitérée quelques mois plus tard par la Cour d'appel[17], a été saluée par la doctrine[18]. Toutefois, force est de constater que, jusqu'à dernièrement, l'examen de la jurisprudence démontre que cette démarche n'a pas toujours été suivie.

En effet, plusieurs jugements ont fait prédominer les volontés du testateur plutôt que le respect des formalités exigées en matière testamentaire[19]

---

15 *Gingras* c. *Roy*, J.E. 97-108 (C.A.). Dans cette affaire, la Cour a considéré que le fait de requérir la présence de deux témoins et de leur demander d'apposer leurs signatures à cet écrit démontrait que ce document était perçu par le testateur comme son testament et non seulement comme des instructions testamentaires.

16 *Thériault (Succession de)*, B.E. 99BE-426 (C.S.) Dans cette affaire, le tribunal refuse de valider un testament écrit à la machine à écrire par un des fils du testateur qui l'a ensuite signé devant ce dernier.

17 *Paradis* c. *Groleau-Roberge*, [1999] R.J.Q. 2585 (C.A.), dont la demande d'autorisation d'appel à la Cour suprême a été rejetée.

18 Voir notamment J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 4, 35.

19 P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 12, 27. Ainsi, dans l'affaire *Mercier* c. *Mercier-Charron*, (1995) R.J.Q. 1446 (C.S.), le juge Jean Frappier, se fondant en partie sur les Commentaires du Ministre de la Justice, justifie ainsi sa décision de valider un testament écrit par la légataire universelle et signé par le défunt sur la base de l'équité et du respect des dernières volontés du défunt : « Dans les circonstances particulières de la présente espèce, il serait injuste tant pour la requérante que pour le respect des volontés du défunt de ne pas vérifier le testament ». Le juge Frappier avait préalablement attiré l'attention sur une difficulté inhérente à l'article 714 C.c.Q. sous les paragraphes 24 et 25 : « Si, pour appliquer l'art. 714 dans le cas d'un testament olographe, il fallait tenir qu'il doit nécessairement répondre aux deux seules conditions requises par sa forme, il faudrait conclure que cet article n'est d'aucune utilité et le tribunal ne peut exercer sa discrétion même s'il est convaincu que l'écrit contient l'expression

ce qui a été dénoncé par la doctrine[20]. Cette attitude des tribunaux s'explique en partie par la difficulté que soulève l'application de cet article dans le cadre du testament olographe. Les formalités du testament olographe sont réduites au minimum soit : être écrit par le testateur et signé par lui. Étant un acte personnel et souvent secret, la formalité de l'écriture se justifie pour assurer que le document émane bel et bien du testateur et non d'un tiers. Quant à l'exigence de la signature, elle confirme l'intention arrêtée de tester au moyen de ce document[21]. Peut-on dans un tel cas y retrouver des formalités qui ne sont pas essentielles ? A priori, il semble que poser la question c'est un peu y répondre. Ainsi, si le postulat de l'article 714 repose sur le non–respect des formalités secondaires, cet article est voué à ne pas pouvoir s'appliquer en matière de testament olographe. Pourtant, le libellé de l'article 714 énonce clairement qu'il s'applique tant au testament olographe que devant témoins. Le législateur n'étant pas sensé parler pour ne rien dire et les commentaires du ministre allant dans ce sens[22], les tribunaux se sont sentis autorisés à faire prévaloir l'exigence des volontés du testateur à celle du caractère non essentiel des vices de forme, se trouvant ainsi à permettre quelque peu l'existence d'un « testament judiciaire ».

---

des dernières volontés du défunt. Il y a donc lieu de recourir à l'intention du législateur qui a édicté l'art. 714 ». Cette difficulté a également été perçue par le Professeur Beaulne, *loc. cit.*, note 4, 39, sans pour autant préconiser de transgresser si allègrement la première exigence de l'article 714 C.c.Q. Un autre arrêt, ayant encouru des critiques doctrinales sévères (P. CIOTOLA, *loc. cit.*, note 12) a mis en exergue le même travers dans l'usage de l'article 714 C.c.Q. Prêchant une analyse contextualisée dans *Rioux (Succession)*, J.E. 97-263 (C.S.), le greffier Michaud a donné préséance à la volonté de la défunte contenue de façon certaine et non équivoque dans un document enregistré sur une disquette signée par celle-ci, au mépris du texte du *Code civil du Québec* refusant d'admettre tout moyen technique. Dans un arrêt ultérieur, *Perreault* c. *Desrochers*, J.E. 2000-102 (C.S.), la disquette et le document imprimé n'ont pas été admis comme testament olographe.

20 Jacques BEAULNE, *Liquidation des successions*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2002, p. 31 ; Germain BRIÈRE, *Droit des successions*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 234 ; Roger COMTOIS, « Vérification d'un « testament olographe » qui n'a d'olographe que le signature du testateur », (1996) 98 *R. du N.* 257.

21 Cette formalité donne au testament son caractère définitif. *Roy* c. *Gingras*, J.E. 97-108 (C.A.).

22 « Cet article vise à respecter la liberté et la volonté du testateur et à faire prévaloir celles-ci sur les exigences formelles, lorsqu'il n'existe pas de doute sur la portée de l'écrit. » MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 10, p. 426.

Tout dernièrement, la Cour d'appel[23] a eu le loisir de réitérer la justesse de la démarche énoncée dans l'affaire *Thériault.* Selon la Cour, l'examen de la seconde question n'a pas lieu d'être si la première condition relative à l'absence de vices de forme essentiels n'est pas remplie. L'examen des volontés du défunt est alors inutile et sans objet. La Cour souligne à bon escient que « le pouvoir discrétionnaire du juge vérificateur n'est pas absolu [...] et qu'il ne peut mettre de côté le manquement à certaines conditions de forme, celles qui sont essentielles, en invoquant uniquement la volonté claire et non équivoque du défunt. ». Le discours voulant que dans un contexte de testament olographe l'expression des dernières volontés doit prévaloir et pallier les manquements aux formalités essentielles est désormais révolu[24].

II. L'APPRÉCIATION DES FORMALITÉS ESSENTIELLES OU NON ESSENTIELLES

Il importe aux tribunaux de déterminer quelles sont les modalités essentielles dont le manquement ne peut donner ouverture à la mise en oeuvre de l'article 714. Cette tâche, à laquelle ils sont confrontés, est loin d'être aisée[25].

La doctrine s'est penchée sur la manière d'apprécier le caractère essentiel des formalités. Le Professeur Kasirer a favorisé une analyse subjective (*in concreto*) des formalités, selon les circonstances particulières de chaque espèce[26]. Pour le professeur Kasirer, l'analyse subjective consisterait à se demander non pas si la condition est une condition essentielle (analyse objective) mais plutôt si, compte tenu des circonstances, la condition est essentielle pour assurer que les objectifs de cette condition soient atteints. Selon cette méthode d'analyse, il faut déterminer si la formalité essentielle a été respectée en réalité, même si la forme est défectueuse à première vue. À titre d'exemple, le testament fait en présence de

---

23 *Gariépy (Succession de)* c. *Beauchemin*, J.E. 2006-375 (C.A.) Cette règle avait d'ailleurs déjà été énoncée dans *Paradis* c. *Groleau-Roberge*, [1999] R.J.Q. 2585 (C.A.).

24 Depuis l'affaire Gariepy a été suivie. Voir : *Pontbriand et Verreault*, B.E. 2007BE-216 (C.S.) ; *Succession de Grenier*, B.E. 2006BE-1026 (C.S.) ; *Succession de Dussau*, J.E. 2006-1456 (C.S.).

25 *Gariépy (Succession de)* c. *Beauchemin*, J.E. 2006-375 (C.A.).

26 N. KASIRER, *loc. cit.*, note 12, 3.

deux témoins, alors qu'un seul des témoins signe le document, pourrait être validé. En effet, *a priori*, l'absence de la signature de l'un des témoins rend le testament informe, mais l'essentiel des formalités a été respecté, car deux témoins étaient présents.

Pour certains, la proposition du Professeur Kasirer est louable, mais elle annonce, en fait, les difficultés pratiques et les dérives de certains jugements à « verser le formalisme testamentaire à la corbeille »[27]. Le Professeur Beaulne relève que la majorité des tribunaux ont eu tendance à procéder à un examen objectif (*in abstracto*) c'est-à-dire à tenter de déterminer si la formalité imposée par le législateur est essentielle ou pas[28]. Cette tendance des tribunaux de première instance ne correspond plus à l'approche de la Cour d'appel. Depuis quelques années, cette dernière adopte une attitude plus nuancée et a jugé qu'une approche essentiellement objective est erronée. En *obiter*, le juge Forget s'exprime ainsi « je ne suis pas certain qu'il serait approprié d'établir une liste des conditions essentielles et une autre de celles qui ne le sont pas, apportant ainsi une distinction que le législateur n'a pas jugé utile de faire et privant, par le fait même, de toute discrétion les juges appelés à vérifier de tels testaments[29] ».

Il appert des récents jugements de la Cour d'appel que certaines formalités doivent être respectées, afin que le juge puisse user de sa discrétion pour valider le testament défectueux. Toutefois, dans l'analyse du respect ou du non–respect de la formalité l'approche subjective est désormais privilégiée[30]. À ce jour, quels enseignements peut-on en tirer ?

Selon l'article 726, le testament olographe doit être rédigé par le testateur et signé par lui. L'analyse des jugements de la Cour d'appel permet d'affirmer que ces deux conditions sont toutes aussi importantes l'une que l'autre et qu'elles constituent des conditions essentielles à l'existence d'un testament olographe. Le testament olographe doit être rédigé par le testateur[31]

---

27 Pierre CIOTOLA, « La vérification d'un testament sur disquette ou l'art de verser le formalisme testamentaire à la corbeille informatique », (1997) 4 *Entracte* 10.

28 J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 4, 41.

29 *Poulin* c. *Fontaine*, J.E. 2000-1058 (C.A.).

30 *Gariépy (Succession de)* c. *Beauchemin*, J.E. 2006-375 (C.A.) ; *St-Jean-Major* c. *Cardinal Léger et ses oeuvres*, J.E. 2004-185 (C.A.). Depuis suivi dans *Pontbriand et Verreault*, B.E. 2007BE-216 (C.S.).

31 *Paradis* c. *Groleau-Roberge*, [1999] R.J.Q. 2585 (C.A.).

et non par un tiers et doit être signé par le testateur[32]. Un document qui est non signé ou rédigé par un tiers ou un moyen technique[33] ne peut être validé par le visa de l'article 714. En effet, malgré l'introduction de cet article, le testament demeure un acte formaliste.

Vu ce constat, la portée de l'article 714 en ce qui a trait au testament olographe est considérablement réduite et son rôle est limité. Ainsi, respecte l'exigence que le testament soit rédigé par le testateur, l'utilisation d'un formulaire pré imprimé où sont intercalées des inscriptions manuscrites lorsque la preuve démontre que le testateur avait l'intelligence du texte imprimé et qu'il l'a fait sien[34].

Qu'en est-il de l'application de l'article 714 C.c.Q. à la formalité de la signature ? Un testament olographe pourra être considéré comme signé par le testateur lorsque le testateur a écrit au long son nom au début et non à la fin du document[35]. Dans un tel cas, *a priori*, les conditions de forme du testament olographe sont respectées pour l'essentiel. La deuxième condition édictée par l'article 714 peut toutefois empêcher de valider un tel document. En effet, il faut que ce document, dont le nom figure au début et non à la toute fin, représente de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt. Ainsi, lorsque la preuve a démontré que la testatrice croyait que le testament olographe devait être daté et signé à la fin, la présence de son nom au début du document ne permet pas de valider ce dernier comme testament[36]. On est plutôt en présence d'une ébauche de testament où *l'animus testandi* est absent.

Il est erroné de conclure que l'emplacement de la signature n'a plus aucune importance. Il faut prouver qu'il y a un lien matériel et intellectuel

---

32 *Gariépy (Succession de)* c. *Beauchemin*, J.E. 2006-375 (C.A.) ; Des notes, non signées, ne peuvent valoir comme testament olographe. *Martel* c. *Laska*, J.E. 2001-410 (C.A.).

33 *Ahern-Tisseyre* c. *Tisseyre*, J.E. 2002-1252 (C.A.).

34 *Poulin* c. *Duchêne*, J.E. 99-1977 (C.A.) ; Dans le même sens, en *obiter* : *Gingras* c. *Roy*, J.E. 97-108 (C.A.) ; *Pontbriand et Verreault*, B.E. 2007BE-216 (C.S.).

35 *Lessard*, c. *Lessard*, J.E. 2002-690 (C.A.) ; Dans le même sens *en obiter* : *Lehan* c. *Moufrage-Renaud*, J.E. 97-849 (C.A) Contrairement à l'article 854 C.c.B.C., l'article 726 du *Code civil du Québec* n'exige pas expressément que la signature soit apposée à la fin du testament. Le professeur Beaulne est d'avis qu'un tel testament n'est pas affecté d'un défaut de forme et que l'utilisation de l'article 714 est inappropriée. J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 4, 45.

36 *Lehan* c. *Moufrage-Renaud*, J.E. 97-849 (C.A).

suffisant pour former un tout indivisible, entre la signature et le contenu de l'écrit. Ce lien matériel et intellectuel doit être démontré lorsque le texte écrit et la signature sont l'un au recto l'autre au verso d'un document[37]. Ce lien matériel et intellectuel existe lorsque la signature se retrouve sur l'enveloppe contenant le document que l'on prétend être un testament, ainsi qu'au début du document et en annexe à ce document[38].

On considère également que l'exigence de la signature est atteinte lorsque le testateur signe de son prénom seulement même si ce n'est pas sa façon usuelle de signer[39]. Mais qu'en est-il lorsque le document que l'on prétend faire valoir comme testament est simplement initialé au lieu d'être dûment signé ? L'article 714 peut-il être utilisé pour pallier ce défaut ? Sous le *Code civil du Bas-Canada*, la doctrine et la jurisprudence ont conclu que les initiales ne pouvaient constituer une signature en matière testamentaire[40]. Récemment, la Cour d'appel a également adopté la même attitude dans l'affaire *Ahern-Tisseyre* c. *Tisseyre*[41]. Il est à noter que dans cette affaire, les initiales ont été apposées sur un document dactylographié. En soit, un tel document ne pouvait pas être considéré comme un testament olographe, car il n'était pas écrit de la main du testateur. Nous sommes d'avis que ce jugement de la Cour d'appel ne permet pas d'affirmer que des initiales ne peuvent jamais valoir comme signature. Les autorités[42] en droit de la preuve acceptent d'ailleurs que les initiales puissent valoir comme signature dans certains cas.

Le *Code civil du Québec* définit désormais la signature au chapitre de la preuve. L'article 2827 énonce que « la signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait à un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son con-

---

37 *Succession de Langlais* c. *Langlais-Bouchard* J.E. 99-1764 (C.A.).

38 *Poulin* c. *Duchêne*, J.E. 99-1977 (C.A.).

39 *S.T.* c. *P.T.*, [2003] R.L. 669 (C.S.) ; G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 6, nº 420, p. 529.

40 Voir la doctrine et la jurisprudence citée par G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 6, nº 420, p. 530, notamment *Lauzon* c. *Duplessis*, (1940) *R. de J.* 361.

41 *Ahern-Tisseyre* c. *Tisseyre*, J.E. 2002-1252 (C.A) ; Dans une autre affaire, la Cour a refusé de valider comme testament divers documents dont un seul était initialé. En outre, la Cour n'est pas convaincue qu'il contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt. *Martel* c. *Laska*, J.E. 2001-410 (C.A.).

42 Léo DUCHARME, *Précis de la preuve*, coll. « Bleue », 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 144 ; Jean-Claude ROYER, *La preuve civile*, 3e éd., Éditions Yvon Blais, 2003, p. 212.

sentement ». Soulignons d'emblée que pour valoir en matière testamentaire, cette marque doit être apposée par le testateur autrement que par un moyen technique. Le Code énonce de plus que le nom d'une personne comprend le nom de famille et ses prénoms[43], mais l'usage est à l'effet de n'en utiliser qu'un. Malgré cette règle, il n'est pas inconcevable que des initiales puissent équivaloir à une signature, si le but de la signature est atteint. Il importe de souligner qu'en obiter, la Cour d'appel précise que la notion de « signature » en matière testamentaire doit être interprétée de façon libérale par les tribunaux[44]. Pour sa part, le professeur Ducharme s'exprime ainsi : « Lorsqu'un même document porte, en des endroits différents, à la fois la signature au long d'une personne et son paraphe, le paraphe vaut certes signature[45] ». Ainsi, nous sommes d'avis que si la décision *Lauzon* c. *Duplessis*[46] avait été rendue sous le *Code civil du Québec*, la Cour supérieure aurait pu arriver à une conclusion différente et valider le testament olographe. Dans cette affaire, la testatrice avait rédigé un testament olographe dûment écrit et signé de sa main. Elle avait, par la suite, fait un ajout situé en dessous de sa signature et y avait apposé ses initiales à la suite. La Cour a jugé que cet ajout ne pouvait valoir comme une modification testamentaire, car la signature de la testatrice ne figurait pas à la fin du document qui était plutôt initialé. À l'époque de ce jugement, l'article 854 C.c.B.C. exigeait expressément que le testament olographe soit signé à la fin. La Cour s'est dite incapable de déroger à cette règle. Or, le *Code civil du Québec* n'a pas formellement repris cette exigence. Certes, normalement, la signature figure à la fin d'un document, mais l'emplacement de la signature n'est plus incontournable dans tous les cas. Les enseignements du professeur Ducharme conjugués avec l'article 714 pourront désormais amener les tribunaux à valider un tel document s'ils sont convaincus qu'il contient de façon certaine et non-équivoque les dernières volontés d'un défunt. Bien que la Cour d'appel n'ait pas encore eu à se prononcer, la Cour supérieure a jugé, à quelques reprises, que les initiales étaient suffisantes pour valider des modifications apportées ultérieurement au testament[47].

---

43 Art. 50 C.c.Q.

44 *Gariépy (Succession de)* c. *Beauchemin*, J.E. 2006-375, par. 45 (C.A.).

45 L. DUCHARME, *op. cit.*, note 42, nº 346, p. 144.

46 (1940) 46 *R. de J.* 361 (C.S.).

47 *Succession de Tellier*, J.E. 2007-118 (C.S.) ; *Duguay* c. *Grenier*, [1995] R.J.Q. 2603 (C.S.).

Le professeur Ducharme propose un deuxième cas d'application. Il est d'avis que : « Le paraphe seul devrait être considéré comme l'expression d'un consentement et valoir signature également lors que le document identifie par ailleurs très bien son auteur.[48] » Cette situation peut aisément s'appliquer au testament olographe, car le document a été rédigé par le testateur. La signature n'a pas pour fonction d'identifier l'auteur de l'acte mais uniquement de lui conférer un caractère définitif. Ainsi, il nous apparaît que l'article 714 peut permettre de voir les choses autrement, notamment si le défunt appose souvent ses initiales sur les documents pour les approuver. Les initiales peuvent alors être considérées comme une marque personnelle qui est utilisée couramment. Certes, *a priori*, le document qui n'est qu'initialé est plus équivoque, mais cela n'exclut pas la possibilité de tenter de déterminer si le testateur a réellement voulu signer le document en y apposant uniquement ses initiales. Pour ce faire, il faut y déceler la présence de l'intention de tester. Dans l'analyse du respect de la formalité de la signature, il faut toujours avoir à l'esprit que le rôle de la signature dans l'écrit testamentaire est de donner au testament son caractère définitif.

Les formalités du testament devant témoins sont plus nombreuses[49]. Le testament devant témoins doit être écrit, mais peut l'être soit par le testateur soit par un tiers ; le testateur doit reconnaître que cet écrit est son testament devant deux témoins[50] ; le testament doit être signé à la fin[51] du document par le testateur ou par un tiers ; s'il l'a déjà signé, le testateur doit reconnaître sa signature en présence des témoins[52] ; les témoins doi-

---

48 L. DUCHARME, *op. cit.*, note 42, nº 346, p. 144.

49 Art. 727, 728 C.c.Q.

50 *Gingras* c. *Roy*, J.E. 97-108 (C.A.) La Cour ne discute pas de l'absence de la déclaration par le testateur à l'effet que l'écrit est son testament. Cette déclaration a probablement été jugée implicite, car les témoins étaient présents lors de la rédaction du testament.

51 L'article 714 permet de valider un testament signé lorsque la signature du testateur n'est pas apposée à la fin. Le texte, en partie manuscrit, suivi de la signature des témoins démontre que le document n'était pas uniquement un projet de testament. *Bertrand* c. *Mattia*, J.E. 95-1684 (C.A.)

52 Lorsque le comportement du testateur et des témoins peut équivaloir à la reconnaissance de la signature du testateur, la mention d'une telle reconnaissance est alors redondante. *Bertrand* c. *Mattia*, J.E. 95-1684 (C.A.) Sous l'ancien droit, il en avait déjà été décidé ainsi. *Wynne* c. *Wynne*, (1921) 62 R.C.S. 74.

vent à leur tour signer en présence du testateur ; chaque page doit être paraphée par le testateur et les témoins.

À l'heure actuelle, il semble acquis que la présence de deux témoins soit une condition essentielle requise pour qu'un document puisse valoir comme testament devant témoins[53]. Toutefois, lorsque la présence des témoins est prouvée, l'article 714 permet de valider l'absence de signature de l'un d'eux[54].

Selon la Cour d'appel, la signature du document est également essentielle[55]. Il nous apparaît que cette exigence est en effet normalement nécessaire pour conclure au caractère définitif du document. Toutefois, si le testament devant témoins est signé par un tiers, la reconnaissance par le testateur que le document est son testament nous apparaît, dans un tel cas, être une exigence essentielle afin de s'assurer qu'il s'agit bel et bien des volontés du testateur.

Quant aux paraphes, leur raison d'être est d'assurer qu'une page du testament n'a pas été substituée. Sans s'expliquer au sujet de l'absence de paraphe, la Cour a considéré cette obligation comme non essentielle, alors que le texte du testament était en partie manuscrit et en partie dactylographié[56]. En effet, lorsqu'une page est en partie écrite de la main du testateur, l'exigence du paraphe n'a plus sa raison d'être.

En conclusion, certains tribunaux éprouvent encore de la difficulté à respecter la première limite posée par l'article 714 C.c.Q[57]. Le professeur Beaulne est d'avis que le fardeau des incohérences n'incombe pas entièrement aux juges, mais provient peut être avant tout du législateur qui aurait pris une décision inopportune en introduisant l'article 714 dans le

---

53 *Succession de Patton*, J.E. 2003-797 (C.A.) ; *Poulin* c. *Fontaine*, J.E. 2000-1058 (C.A.).

54 *St-Jean Major* c. *Cardinal Léger et ses oeuvres*, J.E. 2004-185 (C.A.) ; en *obiter Auclair* c. *Auclair*, J.E. 97-1816 (C.A.) ; contra *Poulin* c. *Fontaine*, J.E. 2000-1058 (C.A.). La Cour d'appel semble donc se contredire. Toutefois, dans l'affaire *Poulin*, la preuve de la présence du deuxième témoin est nébuleuse. Les propos du juge peuvent être simplement un *obiter*. Dans sa décision, le juge Beauregard distingue expressément l'affaire *St-Jean Major* de *Poulain* c. *Fontaine*.

55 *Poulin* c. *Fontaine*, J.E. 2000-1058 (C.A.).

56 *Gingras* c. *Roy*, J.E. 97-108 (C.A.).

57 *Michenko (Succession de)*, 2007 QCCS 1109.

Code civil du Québec[58]. Cette critique est quelque peu sévère. En effet, il est souhaitable que le juge dispose d'un pouvoir modérateur mais non créateur, qu'il soit plutôt encouragé à tempérer les conséquences excessivement sévères des sanctions à l'encontre des testaments atteints d'une défectuosité mineure, que de pratiquer l'art de la divination, en réécrivant les dispositions des dernières volontés. Osons espérer que les enseignements de la Cour d'appel sauront orienter et resserrer le cadre d'application de l'article 714.

---

58 J. BEAULNE, *loc. cit.*, note 12, 62.

L'ÉNIGMATIQUE « TIERS BÉNÉFICIAIRE » D'UNE STIPULATION POUR AUTRUI : CONCEPT ET RÉALITÉ*

Didier Lluelles**

---

* C'est avec plaisir et gratitude que l'auteur dédie les présentes lignes au doyen Comtois, qui a jadis cru en lui au point de l'engager, en 1976, comme professeur de carrière à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Cette étude s'inspire d'un chapitre, dont nous avons assuré la rédaction, compris dans l'ouvrage intitulé *Droit des obligations*, paru en 2006, aux Éditions Thémis, avec le concours de notre coauteur et collègue, Monsieur le professeur Benoît Moore. Nous remercions chaleureusement notre collègue, Monsieur le professeur Alain Roy, qui avait bien voulu lire et commenter l'ensemble de ce chapitre. Les opinions exprimées dans cet article ne lient toutefois que leur auteur.

** De la Société royale du Canada. Professeur titulaire et président de la Section de droit privé, Faculté de droit (Université de Montréal).

La stipulation pour autrui constitue une exception au principe de la relativité des contrats[1]. Cette technique audacieuse du droit civil permet, en effet, qu'une personne soit créancière de certaines prestations prévues par un contrat auquel elle n'a pas pris part, et dont elle ignore sans doute la conclusion. Institution capitale du droit civil, la stipulation pour autrui implique deux parties contractantes et un tiers. Les contractants sont, en ce qui a trait à la prestation due au tiers, le « stipulant » et le « promettant ». Le tiers est, quant à cette prestation, le « bénéficiaire »[2]. d'emblée

---

1 *Tremblay* c. *Dallaire*, [1988] R.D.I. 611, 613 (C.S.) ; *Léveillé* c. *Fonds d'assurance-responsabilité professionnelle de la Chambre des Notaires du Québec*, [1996] R.J.Q. 1956, 1961 (C.S.) ; Jacques GHESTIN, Christophe JAMIN et Marc BILLIAU, 3e éd., Paris, LGDJ, 2001, no 974, p. 1050-1052 ; Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., par J. Pineau et S. Gaudet, Montréal, Éditions Thémis, 2001, no 297, p. 545.

2 Sur la stipulation pour autrui, on consultera : Jean-Louis BAUDOUIN, Pierre-Gabriel JOBIN et Nathalie VÉZINA, *Les obligations*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, nos 485-498, p. 499-507 ; Vincent KARIM, *Les obligations*, vol. 1, 2e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 441-460 ; Louise LANGEVIN et Nathalie VÉZINA, « Les obligations » , dans Collection de droit 2006-2007, École du Barreau du Québec, vol. 5, *Obligations et contrats*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 59 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, nos 297-307, p. 543-563 ; Maurice TANCELIN, *Des obligations : actes et responsabilités*, 6e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1997, nos 424-441, p. 213-222 ; Alain BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, 7e éd., Paris, Montchrestien, 1999, nos 250-253, p. 169-172 ; Rémy CABRILLAC, *Droit des obligations*, 6e éd., Paris, Dalloz, 2004, nos 130-138, p. 93-97 ; Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 22e éd., Paris, PUF, 2000, no 124, p. 245-248 ; no 127, p. 252 ; Philippe DELEBECQUE et Frédéric-Jérôme PANSIER, *Les obligations*, Paris, Litec, 2000, nos 306-312, p. 160-162 ; Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, Paris, PUF, 2004, no 175, p. 459-462 ; Jacques FLOUR, Jean-Luc AUBERT et Éric SAVAUX, *Les obligations*, t. 1, 9e éd., Paris, Armand Colin, 2000, nos 467-488, p. 341-356 ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, note 1, nos 960-1023, p. 1034-1111 ; Christian LARROUMET, *Droit civil*, t. 3, 4e éd., Paris, Économica, 1998, nos 799-824, p. 895-927 ; Philippe MALAURIE et Laurent AYNÈS, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Paris, Cujas, 1999-2000, nos 669-682, p. 394-404 ; Philippe MALINVAUD, *Droit des obligations*, 8e éd., Paris, Litec, 2003, nos 468-470, p. 334-337 ; Henri, Léon et Jean MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, 9e éd., Paris, Montchrestien, 1998, nos 769-801, p. 895-914 ; Alain SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2e éd., Paris, PUF, 1998, no 52, p. 206-215 ; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 7e éd. Paris, Dalloz, 1999, nos 486-511, p. 470-488 ; Boris STARCK, Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Les obligations*, t. 2, 6e éd., Paris, Litec, nos 1504-1550, p. 520-537 ; Jacques GHESTIN, Marc

précisons que, si la stipulation pour autrui implique une relation juridique triangulaire, elle ne saurait en aucune façon s'analyser en un contrat tripartite. Les droits du tiers naissent exclusivement du contrat conclu entre deux personnes, sans que l'accord même du bénéficiaire ne soit nécessaire. Ainsi, dans le contrat de transport sous connaissement, le client *stipule du transporteur*[3] que ce dernier livrera une marchandise au destinataire : le client est le stipulant, le transporteur est le promettant et le destinataire, le tiers bénéficiaire[4]. De même, dans le contrat de rente, le crédirentier stipule de la fiducie « débirentière » qu'elle versera, le moment venu, une rente à telle personne (*cf.* art. 2379, al. 1er).

Le bénéficiaire de la stipulation pour autrui est un véritable créancier contractuel, dont la créance naît en même temps que la stipulation contenue dans le contrat. Contrairement à l'ayant cause particulier, qui profite de certains droits personnels de son auteur – sur la base d'une transmission –, le tiers ne tient pas ses droits d'une transmission implicite, mais d'une création de droits en tant que telle[5]. Cela explique que le bénéficiaire de la stipulation pour autrui est un simple tiers au contrat, alors que l'ayant cause particulier est attaché au contrat de son auteur par un mécanisme de trans-

---

BILLIAU et Christophe JAMIN, « La stipulation pour autrui (Rapport français) », dans Marcel FONTAINE et Jacques GHESTIN, *Les effets du contrat à l'égard des tiers – comparaisons franco-belges*, coll. « Bibliothèque de droit privé » (t. 227), Paris, LGDJ, 1992, p. 380-407 ; Pierre JADOUL, « La stipulation pour autrui (Rapport belge) », dans M. FONTAINE et J. GHESTIN, *id.*, p. 408-429. Sur la conception allemande de la stipulation pour autrui, voir : Jean-Marc MOUSSERON, Michel GUIBAL et Daniel MAINGUY, *L'avant-contrat*, Paris, Éditions Francis Lefebvre, 2001, nos 48-52, p. 52-56.

3 Rappelons qu'essentiellement, *stipuler* signifie imposer une prestation à quelqu'un. La stipulation est, d'abord et avant tout, l'imposition d'une obligation sur les épaules d'un débiteur. Il est vrai qu'avec le temps, le mot « stipulation » a connu une extension de sens, désignant aussi toute clause d'un contrat : *cf.* Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2e éd., Paris, Litec/LexisNexis, Vo *Stipulation*, p. 365 ; Paul-André CRÉPEAU (dir.), *Dictionnaire de droit privé*, « Les obligations », 2e éd., Montréal, CRDPCQ/Éditions Yvon Blais, 2003, Vo *Stipuler*, p. 317 et 318 et vo *stipulation*, p. 316 ; Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8e éd., Paris, PUF, 2000, Vo *Stipulation*, p. 834.

4 Jean PINEAU, *Le contrat de transport : terrestre, maritime, aérien*, Montréal, Éditions Thémis, 1986, no 61, p. 71 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, no 297, p. 544.

5 Adrian POPOVICI, *La couleur du mandat*, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 143 ; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, note 2, no 817, p. 918.

mission : l'ayant cause en question n'est pas un tiers à cet égard. L'article 1442 n'implique qu'un tempérament à la relativité des contrats ; les articles 1444 à 1450 supposent, pour leur part, une véritable exception à cette règle. Paradoxalement, le tiers bénéficiaire dispose, en sa qualité de véritable créancier, d'un recours contractuel personnel et direct contre le promettant (art. 1444, al. 2)[6]. Au contraire du recours oblique (*cf.* art. 1630), le produit de la condamnation fondée sur la stipulation pour autrui va profiter au patrimoine du bénéficiaire. Par ailleurs, la dette du promettant est une dette comme une autre. C'est ainsi que, comme toute autre dette, elle peut faire l'objet d'un cautionnement (*cf.* art. 2333) en faveur du tiers bénéficiaire[7]. Même si le bénéficiaire de la stipulation pour autrui a le statut de créancier contractuel du promettant[8], cela ne veut pas dire qu'il existe entre ces deux personnes un contrat à véritablement parler, bien que certaines autorités aient pu, parfois, le prétendre un peu abusivement[9]. ce n'est, en effet, pas un contrat qui unit le promettant au bénéficiaire, mais un *rapport contractuel de créance*, ou, autrement dit : un « lien contractuel direct »[10].

---

6 Cette disposition consacre la solution jurisprudentielle antérieure au nouveau Code ; *cf. Pollack* c. *Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1981] C.A. 587, 591 (j. L'Heureux-Dubé).

7 *Re/Max Fleur de Lys Inc.* c. *Gaulaco Ltée*, B.E. 97BE-958 (C.Q.), p. 6 du texte intégral.

8 *Tremblay* c. *Dallaire*, [1988] R.D.I. 611, 613 (C.S.) : « un tiers […] devient le créancier d'une partie contractante […] ».

9 *Hallé* c. *The Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368, 377 (j. Rinfret) : «*And in civil law a valid stipulation in favour of a third person creates a contract between the third person and the person who has agreed to be bound by the contract. It establishes a* vinculum juris *between the latter and the third person* » ; *Minister of National Revenue* c. *Massawippi Valley Railway Co.*, [1961] Ex. C.R. 191, 197 (j. Dumoulin) : « […] *in the eyes of the law, "in conspectu legis" the two sole contracting parties remain the "promettant" (originally the Connecticut and Passumpsic Rivers Ry. Co.) and […] the accepting "third party", bondholders and shareholders)* » ; *Jacques* c. *Allain-Robitaille*, [1978] 2 R.C.S. 897, 903 (j. Pigeon), inf. [1976] C.A. 617 : « Il est bien vrai que la stipulation pour autrui peut avoir pour effet de donner naissance à un contrat entre le promettant et le bénéficiaire, comme cette Cour l'a reconnu dans *Hallé c. Canadian Indemnity Company* » ; voir aussi : *Placements Ultima Inc.* c. *Poupart*, [1972] C.A. 87, 89 (j. Turgeon). Sur cette idée qu'un « contrat autonome » lierait le tiers au promettant, voir : A. POPOVICI, *op. cit.*, note 5, p. 143, à la note 398.

10 *Cf.* Michel SYLVESTRE, Gregory BORDAN et Jeffrey EDWARDS, « Le cautionnement », dans Olivier F. KOTT et Claudine ROY, *La construction au Québec :*

S'il s'agissait d'un contrat à proprement parler, le consentement du bénéficiaire serait indispensable à la naissance même de la créance, ce qui n'est pas le cas, la créance naissant, en principe, de la stipulation elle-même[11]. La qualification de « contrat » unissant le tiers au promettant n'est qu'une image[12]. Du reste, les autorités mêmes qui y recourent reconnaissent, du

---

perspectives juridiques, Montréal, Wilson & Lafleur, p. 637, à la page 653 : les bénéficiaires, bien que n'étant « pas parties au [contrat porteur], [...] bénéficient, lorsqu'ils s'en prévalent, d'un lien contractuel direct ».

11 *Gagnon* c. *Gagnon*, (1921) 30. B.R. 503, 508 (j. Carroll) : « Le droit du tiers naît du contrat entre le stipulant et le promettant [...] » ; Colin K. IRVING, « Article 1029 C.C. : Stipulation for a Third Party. Notes on the Jurisprudence in Quebec », (1963) 9 *McGill L.J.* 337, 343.

12 Il est, toutefois, un cas de figure où le tiers bénéficiaire sera véritablement considéré comme le cocontractant du promettant. Il s'agit du créancier détenant une hypothèque sur l'immeuble assuré et qui bénéficie, dans la police, d'une clause, dite de « garantie hypothécaire ». Cette clause prévoit qu'à certaines conditions, en cas de sinistre, l'assureur indemnisera d'abord le créancier titulaire de la clause, jusqu'à concurrence de sa créance. Pourvu que le créancier ait préalablement confié au débiteur, dans le cadre notamment d'un contrat de prêt, un mandat pour souscrire une assurance de biens, en son nom et pour son compte, sur l'immeuble hypothéqué, sa désignation dans la police n'est pas considérée comme une stipulation pour autrui, mais bien comme un véritable contrat, un deuxième contrat d'assurance, cohabitant – dans la même police – avec celui souscrit par le propriétaire débiteur en son nom et pour son compte. Comme co-assuré, ce créancier hypothécaire est à l'abri des moyens que l'assureur aurait autrement pu, comme promettant, lui opposer (*cf.* art. 1450), telle la faute intentionnelle de l'assuré propriétaire : *Caisse populaire des Deux Rives* c. *Société mutuelle d'assurance contre l'incendie de la Vallée du Richelieu*, [1990] 2 R.C.S. 995 (j. L'Heureux-Dubé) ; voir aussi : *Banque nationale de Grèce* c. *Katsikonouris*, [1990] 2 R.C.S. 1029 (j. La Forest) ; *cf.* Didier LLUELLES, *Précis des assurances terrestres*, 4e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 191-193 ; pour une appréciation critique de la solution de la Cour suprême, voir : Claude BELLEAU, « L'harmonisation du droit civil et de la common law en droit des assurances au Québec », (1991) 31 *C. de D.* 971, 989-995 ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 2, no 429, p. 215 et 216. Mais, en l'absence de pareil mandat, lequel ne saurait se présumer, la stipulation pour autrui redevient la qualification normale : *Banque Toronto Dominion* c. *Général Accident, compagnie d'assurances du Canada*, [1999] R.J.Q. 349, 362 (j. Rousseau-Houle) (C.A.) ; *Banque de Nouvelle-Écosse* c. *Bélair, compagnie d'assurances*, [1995] R.R.A. 125, 130 et 131 (C.S.). En présence même d'un mandat, la désignation brute du créancier dans la police, sans armature contractuelle minimale (comportant des obligations corrélatives du genre de celles de la clause de garantie type approuvée par le Bureau d'assurance du Canada), ne constitue qu'une stipulation pour autrui : *cf. Collin* c. *G.M.A.C. Location Ltée*, [2000] R.J.Q. 931, 936 (C.Q.).

même souffle, que l'accord du bénéficiaire n'est pas requis pour la naissance même de sa créance : il n'est indispensable que pour son irrévocabilité[13].

La qualification appropriée du rapport unissant ces deux personnes est tout simplement le lien de droit contractuel[14], ce « *vinculum juris* » dont parlait à juste titre la Cour suprême dans l'affaire *Hallé*[15]. S'il est vrai que le bénéficiaire est créancier « direct » du promettant, un peu comme s'il avait conclu un contrat avec ce dernier, il n'en demeure pas moins qu'il n'est qu'un tiers au contrat conclu entre le promettant et le stipulant, même après l'acceptation de la stipulation. Sous réserve du respect dû à sa créance, le bénéficiaire ne peut prétendre exercer les prérogatives d'un contractant : il ne pourrait, par exemple, demander l'annulation ou la résolution du contrat ou d'une de ses clauses[16]. En conclusion, comme il n'entre pas, même par son acceptation[17], dans le contrat unissant le stipulant au promet-

---

13 *Hallé* c. *The Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368, 377 (j. Rinfret) : « *It will be noticed that, under article 1029 C.C., the only effect of the assent of the third person is to make the stipulation irrevocable by the person who has made it* » ; *Gagnon* c. *Gagnon*, (1921) 30. B.R. 503, 510 (j. Carroll) : « le bénéficiaire a un droit acquis au moment de la passation de l'acte et […] la manifestation de sa volonté d'en profiter ne crée pas le droit mais le conserve » ; *Gignac* c. *Siscoe Metals Ltd.*, [1944] B.R. 192, 194 (j. Barclay) : « […] *the acceptance does not complete the contract ; it only prevents the revocation of an already existing contract. The acceptance is confirmatory, not acquisitive* » ; voir aussi : *Industries Canatal Inc.* c. *Immeubles Paul Daigle Inc.*, [1996] R.D.I. 508, 510 et 511 (j. Brossard) (C.A.) ; C.K. IRVING, *loc. cit.*, note 11, 343 : « […] *there can be no doubt since the* Hallé *decision that the right is created by the original contract, and not by the acceptance.* »

14 *Cf. Pollack* c. *Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1981] C.A. 587, 589 (j. L'Heureux-Dubé) : le bénéficiaire devient « créancier contractuel du promettant » ; M. SYLVESTRE, G. BORDAN et J. EDWARDS, *loc. cit.*, note 10, 653 : « lien contractuel direct » ; voir aussi : *Tremblay* c. *Dallaire*, [1988] R.D.I. 611, 613 (C.S.).

15 *Hallé* c. *The Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368, 377 (j. Rinfret).

16 *Cf.* Christian ATIAS, *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille/Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence, 2001, nº 78, p. 86 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, note 2, nº 481, p. 351.

17 L'acceptation de la stipulation pour autrui ne confère pas au bénéficiaire les prérogatives contractuelles du stipulant lui-même : *Jacques* c. *Allain-Robitaille*, [1978] 2 R.C.S. 897, 903 (j. Pigeon), inf. [1976] C.A. 617 : « Je ne vois pas comment on pourrait interpréter [la convention de rente] de façon à attribuer à un bénéficiaire les droits stipulés en faveur d'un participant [i.e. ceux de désigner un bénéficiaire à son tour]. »

tant[18], le tiers ne conclut pas davantage, par cette même acceptation, un contrat distinct avec le promettant, même si c'est auprès de lui qu'il manifeste son acceptation[19].

*

* *

Loin de se vouloir un exposé du régime de la stipulation pour autrui, le présent texte est consacré essentiellement au personnage clef de l'institution à l'étude, le bénéficiaire de cette dernière. Les coordonnées de ce personnage ne sont pas sans poser des défis au juriste de droit civil. Le premier défi, fondamental, tient au concept même de bénéficiaire d'une stipulation (I). Le second, plus technique, mais capital au plan de l'application, a trait à la présence effective d'un bénéficiaire (II).

I. Le concept de bénéficiaire d'une stipulation pour autrui

Le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui est forcément un tiers au contrat. La nécessité que le bénéficiaire soit un tiers joue à deux niveaux

---

18 Voir, toutefois : *Placements Ultima Inc.* c. *Poupart*, [1972] C.A. 87, 89 (j. Turgeon) : « C'est à partir de cette acceptation que le tiers devient partie au contrat à titre de bénéficiaire. » Là aussi, nous pensons que cette affirmation est une image. En effet, le tiers est, dès la conclusion du contrat porteur de la stipulation, créancier du promettant. Son acceptation ultérieure n'y change rien. Ce que suggère, en réalité, l'affirmation du juge est cette idée que, par l'acceptation, le tiers rend irrévocable la créance créée par le contrat, un peu comme si le bénéficiaire avait, dès sa conclusion, été partie à ce contrat (*cf.* art. 1439).

19 Du reste, dans le contrat contenant la stipulation, le promettant ne s'engage pas à *passer un contrat avec un tiers*, au cas où ce dernier en manifesterait le souhait. Il s'engage, *immédiatement*, à effectuer une prestation envers ce tiers. Le texte de l'article 1442 ne contient aucune ambiguïté à cet égard, puisque l'engagement est pris par le promettant *envers le stipulant* au profit d'un tiers. Le texte dit bien qu'on « peut, *dans un contrat*, *stipuler* en faveur d'un tiers », et non pas « s'engager à passer un contrat avec un tiers ». C'est bien le contrat unissant le promettant au stipulant qui crée *directement la dette* envers le tiers. Il n'est pas interdit, cependant, d'imaginer que, dans un contrat, une partie s'engage à conclure tel type de contrat, comportant tel genre de contenu, avec certains tiers ; il s'agirait, alors d'une institution *sui generis*, constituant une *stipulation de contrat pour autrui*, échappant en principe aux règles des articles 1444 à 1450 ; sur ce type particulier de stipulation, voir : Didier R. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », D. 1994.Chr.145 ; A. SÉRIAUX, *op. cit.*, note 2, nº 52, p. 211.

d'exigences : première exigence, la stipulation doit avantager le tiers, et non le stipulant lui-même (A) ; seconde exigence, si une personne extérieure au contrat est avantagée, il doit s'agir d'un tiers à proprement parler (B).

A. Le bénéficiaire : la personne désignée ou le stipulant ?

La question ne se pose évidemment pas lorsque le contrat porteur contient une seule stipulation, à l'avantage du tiers, sans stipulation qui pourrait profiter au stipulant. Ainsi, dans la constitution d'une rente au profit d'un bénéficiaire, en cas de décès du constituant, dans laquelle le stipulant n'obtient aucun avantage économique, il est clair que le seul tiers profite de la stipulation. Il importe, cependant, de poser la question dans le cas où le contrat prévoit à l'encontre du promettant, non seulement une stipulation en faveur d'un tiers, mais aussi d'autres stipulations, sans qu'il soit précisé clairement si elles sont créées en faveur de ce dernier.

Ainsi, dans un contrat de transport, le client stipule clairement du transporteur pour le destinataire quant à l'acheminement de la marchandise. Qu'en est-il, cependant, de la clause additionnelle, par laquelle le transporteur s'engage à verser une indemnité en cas de retard dans la livraison ? le seul fait qu'un contrat concerne un tiers n'implique nullement que toutes ses clauses constituent une stipulation en faveur de ce tiers : que, dans notre exemple, le tiers destinataire bénéficie du contrat au titre de la délivrance ne veut pas dire que la clause de dommages promis par le messager ait été stipulée en faveur de ce tiers : vu les circonstances, il se peut fort bien qu'à cet égard, le stipulant ait stipulé pour lui[20].

---

[20] *Cf. The Travelers Indemnity Co.* c. *United Parcel Service Inc.*, [2001] R.J.Q. 277, par. 40 (C.A.) (j. Rothman) : « *In my view, [the manufacturer] had the ownership of the goods and the risks of their loss until they were delivered to [the buyer] in Montreal. It was [the manufacturer] that had assumed responsability for arranging the transport to Montreal. In its contractual arrangements with UPS Inc., there was no evidence that [the manufacturer] was acting as a simple mandatary or agent of [the buyer], and certainly no evidence that UPS Inc. was aware of this, if it was the case. Nor did these contractual arrangements constitute merely a stipulation for the profit of Classy under Art. 1029 C.C.L.C. In its contract with UPS Inc., [the manufacturer] must, I believe, be taken to have acted in its own interest for the purpose of delivering the merchandise it had sold to its customer in Montreal, as it had agreed to do.* »

Il s'agit donc d'une question d'intention des parties. En cas de doute irréductible quant au bénéficiaire de la stipulation, faute d'indices solides, l'on devrait présumer que l'avantage a été prévu en faveur du stipulant et de ses ayants cause. Même si l'article 1030 C.c.B.C., selon lequel on était « censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et représentants légaux [...] », n'a pas été formellement repris par le nouveau Code, on devrait pouvoir encore présumer qu'une stipulation a été créée, d'abord et avant tout, pour le cocontractant du débiteur[21], la stipulation pour autrui étant l'exception[22].

B. Le bénéficiaire : quelle sorte de tiers ?

Il ne suffit pas que la personne avantagée par le contrat soit absente de celui-ci, pour se qualifier de tiers. Elle doit, en outre, être un véritable étranger au contrat. Tel ne sera pas le cas si le prétendu tiers est en réalité représenté au contrat par le « stipulant » (1). Tel ne sera pas non plus le cas, du moins en principe, si la personne avantagée par le contrat est un héritier du « stipulant » (2).

1. Un tiers véritable, et non un « étranger » représenté au contrat

Il importe de ne pas confondre la stipulation pour autrui avec le cas où, dans un contrat, la dette est imposée au cocontractant par le représentant du « tiers », tel un mandataire. Dans ce cas, il n'y a pas de stipulation pour autrui, mais un contrat ordinaire. Celui qui stipule est, en réalité, le « tiers ». Le contractant apparent n'est que son représentant : tout se passe comme si le représenté avait stipulé lui-même à son profit. La différence est de taille

---

21 Si le législateur contemporain ne reprend pas expressément la présomption de l'article 1030 C.c.B.C., c'est sans doute parce qu'elle va de soi, que « tout ceci est élémentaire » : Pierre-Basile MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, t. 5, Montréal, Théoret, 1901, p. 273 ; *cf.*, par analogie : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, n° 290, p. 527.

22 En effet, la stipulation pour autrui est une « *dérogation franche au principe de la relativité* » : Jean PINEAU, « Théorie des obligations », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du Code civil*, t. 2, « obligations, contrats nommés », Québec, PUL, 1993, p. 9, à la page 102 (n° 88) (les italiques sont de l'auteur).

avec la stipulation pour autrui[23]. Dans cette institution, en effet, tant que le bénéficiaire n'a pas manifesté son acceptation, sa créance est révocable (art. 1446). Dans le cas, d'autre part, où la créance est stipulée par un représentant, elle est immédiatement irrévocable, puisqu'elle fait partie intégrante d'un contrat ordinaire (*cf.* art. 1439). Le représenté n'a nul besoin de faire part de son acceptation pour bénéficier d'une créance intangible.

2. La délicate question du cumul des qualités de tiers bénéficiaire et d'ayant cause universel du stipulant

Si un contractant stipule en faveur de ses héritiers, a-t-on affaire à une véritable stipulation pour autrui ? Ne s'agirait-il pas, plutôt, d'une stipulation pour le stipulant lui-même, puisque sa succession est censée assumer la continuité de la personnalité juridique du défunt[24] ? Si tel est le cas, il n'y aura pas de stipulation pour autrui[25]. Loin de bénéficier d'une créance personnelle – et autonome –, ces personnes ne feront que *recueillir* une créance, mise à la charge du débiteur au bénéfice du cocontractant. Il sera donc nécessaire pour ces « faux tiers » d'accepter la succession du « pseudo-stipulant », pour profiter du bénéfice[26]. En outre, il faudra, du moins en principe, compter avec le droit des créanciers du « stipulant » décédé de profiter de la stipulation, par voie de saisie, entre autres[27]. Mais, en est-il nécessairement ainsi ?

Il importe, en premier lieu, de distinguer le cas où un avantage est prévu pour un héritier, en cas de décès du « stipulant », de celui où l'obligation mise à la charge du « promettant » est effective du vivant même du

---

23 H., F. et L. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 2, n° 778, p. 898 : « Les parties doivent avoir la volonté de stipuler non pour elles-mêmes, mais pour autrui. Elles n'auraient pas cette volonté si elles stipulaient pour une personne qu'elles représentent : le tuteur qui stipule pour son pupille ne fait pas une stipulation pour autrui ; c'est le mineur qui contracte par l'intermédiaire de son tuteur. »

24 *Robitaille* c. *Dion*, [1979] 1 R.C.S. 359, 361 (j. Pigeon) ; J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 2, n° 480, p. 494 et 495 ; L. LANGEVIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 2, p. 58 ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 2, n° 403, p. 200.

25 *Robitaille* c. *Dion*, [1979] 1 R.C.S. 359, 361 et 362 (j. Pigeon), inf. [1977] C.A. 468 : « Aux yeux de la loi, les héritiers d'une personne ne sont pas des tiers. C'est stipuler pour soi que de stipuler en faveur de ses héritiers. »

26 *Cf. Bélisle* c. *Marcotte*, [1957] B.R. 46, 50.

27 F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 2, n° 509, p. 486.

stipulant ou, en tout état de cause, voit son effectivité dépendre d'un élément déclencheur autre que le décès du stipulant. Si la créance est exigible du vivant du stipulant, ou à un moment distinct de son décès, aucun problème ne se pose. Aucune confusion n'est, en ce cas, possible avec la succession du stipulant. En effet, le soi-disant « héritier » est, en réalité, un *héritier présomptif* (légal ou testamentaire), tel qu'il se présente à la date où doit entrer en vigueur la créance en sa faveur ; la référence à la succession n'est qu'un moyen d'identification du bénéficiaire. Et nous savons qu'une désignation n'a nul besoin d'identifier nommément le bénéficiaire, pourvu qu'il soit identifiable (art. 1445). Ainsi, la constitution, par le crédirentier, d'une rente au profit de ses héritiers, à eux payable, par une société de fiducie, lorsqu'ils auront, chacun, atteint l'âge de 50 ans, constitue bel et bien une stipulation pour autrui, opérationnelle du vivant même du constituant. Si le constituant est déjà décédé, les bénéficiaires pourront, le moment venu, recevoir la rente, sans avoir à accepter la succession de ce dernier.

Qu'en est-il, cependant, des héritiers désignés comme devant profiter de l'avantage au décès même du stipulant ? Disposons, d'abord, du cas où le stipulant désigne nommément un héritier présomptif – ou quelques-uns – parmi d'autres. Il s'agit très probablement d'une stipulation pour autrui[28]. Il serait étrange, en effet, que ce contractant ait voulu avantager sa succession, compte tenu précisément du fait que ce n'est pas la totalité de cette dernière qui est ainsi avantagée[29]. Ainsi, désigner « Pierre S. Lesage » comme bénéficiaire d'une rente à sa mort constitue, de la part du constituant, Jean R. Lesage, une véritable stipulation pour autrui, même si Pierre S. Lesage est son fils et que ce fils fait partie de ses héritiers présomptifs. Sur le même fondement de la vraisemblance, la solution sera la même, advenant que le contractant désigne « [s]on fils » ou « [s]es enfants », si ce fils ou ces enfants constitue à lui seul, ou constituent à eux seuls, la totalité de la succession. En effet, une autre solution serait étonnante, compte tenu de ce

---

28 *Bélisle* c. *Marcotte*, [1957] B.R. 46, 50.

29 Ch. LARROUMET, *op. cit.*, note 2, n° 812, p. 915. Voir, cependant, les difficultés de la solution, signalées par Charles DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, Durand et Hachette, 1868, n° 270, p. 250-253.

que le contractant n'utilise pas une phraséologie qui infère une idée de succession. Il s'agit d'une pure coïncidence[30].

Mais la désignation de l'ensemble de la succession – qui serait effective au décès du contractant – pose un problème délicat. À notre avis, il convient d'éviter de confondre deux situations radicalement différentes : celle où la succession est avantagée de manière autonome, par rapport aux intérêts économiques du stipulant, et celle où elle est avantagée de manière accessoire à ceux-ci. si la stipulation en faveur de la succession est la *seule prévue* au contrat porteur, on ne peut dire qu'il y aura, au décès du stipulant, transmission d'un droit préexistant qui appartenait, jusqu'alors, au patrimoine du *de cujus*. Ce droit existait bel et bien, dans le patrimoine des membres de la succession dès la conclusion du contrat. Il ne s'agit donc pas d'un droit transmis à ces personnes, mais bien d'un droit créé en leur faveur. Il y a donc matière à stipulation pour autrui, et non matière à succession[31]. Là aussi, la référence à la « succession », aux « héritiers » ou aux « ayants cause » n'est qu'un moyen commode de désigner les bénéficiaires de la stipulation. Le stipulant n'a pu, en ce cas, stipuler « pour lui ».

Par contre, si la stipulation avantageant la succession est *accessoire à une stipulation en faveur du stipulant*, la réponse devrait être différente. Supposons le scénario qui suit. Le contrat d'emploi d'un cadre supérieur fait l'objet d'une résiliation amiable. La convention de résiliation prévoit que, jusqu'à l'âge de 100 ans, ce dernier recevra de l'ex-employeur, au titre de l'indemnité de séparation, un versement mensuel de tant de dollars. Il est, en outre, précisé que, si le cadre décède avant de parvenir à l'âge de 90 ans, l'ex-employeur continuera de verser ce même montant à sa succession, jusqu'au terme convenu. En ce cas, il est permis de douter qu'on ait affaire à une stipulation pour autrui. Le droit des héritiers semble bel et bien transmis, et non simplement créé. Le législateur peut, cependant, en

30 *Cf.* P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 21, p. 280 : « Ainsi, je puis valablement stipuler que vous donnerez telle ou telle somme à mon fils, après que je serai mort. » L'essentiel est donc que la phraséologie de la désignation ne contienne aucune connotation successorale dans l'esprit du « stipulant » ; là-dessus, voir, par analogie, la solution relative à l'article 2456, al. 1er C.c.Q. : *Lacroix* c. *La Confédération, compagnie d'assurance-vie*, [1992] R.R.A. 138 (C.S.), conf. par [1996] R.R.A. 931 (C.A.) ; D. LLUELLES, *op. cit.*, note 12, p. 402 ; *cf.* Jean-Guy BERGERON (avec la collaboration de Nathaly RAYNEAULT), *Précis de droit des assurances*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit, 1996, p. 150-152.

31 Ch. DEMOLOMBE, *op. cit.*, note 29, no 269, p. 250.

décider autrement : c'est ainsi que, dans le cas d'une convention de rente viagère, le crédirentier, qui doit recevoir une rente jusqu'à un âge déterminé, peut « […] stipul[er] que le service de la rente se continuera au-delà du décès de la personne en fonction de laquelle la durée du service a été établie, au profit, selon le cas, d'une personne déterminée ou des héritiers du crédirentier » (art. 2372, al. 2)[32].

Indépendamment même des distinctions ci-dessus, une controverse semble persister. En France, on a assez tôt accepté cette idée que la désignation des héritiers peut ne pas correspondre avec la succession du stipulant si, ce faisant, ce dernier désigne ses héritiers comme devant profiter de la créance à titre de bénéficiaires d'une stipulation pour autrui, et non en qualité d'héritiers[33]. Il s'agirait donc d'une question d'intention du stipulant. La jurisprudence française allait – et, semble-t-il, va encore – en général dans cette direction[34]. Un arrêt de la Cour de cassation avait cependant refusé, par principe, de voir dans la désignation des héritiers une stipulation pour autrui[35]. Le législateur français a mis fin à la controverse, dans le sens de la stipulation pour autrui, du moins dans le domaine de l'assurance sur la vie[36].

Au Québec, la question apparaît plus controversée qu'outre-Atlantique. Si Mignault n'a pas de difficulté à accepter la qualification de stipu-

32 Il semblerait que, dans ce cas, l'on ait affaire à une *stipulation* pour autrui, même si les bénéficiaires sont désignés sous le vocable d'héritiers.

33 Ch. LARROUMET, *op. cit.*, note 2, n° 812, p. 915 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 2, n° 778, p. 898.

34 *Cf.* H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 2, n° 778, p. 898 ; Jacques GHESTIN, *Le contrat : Principes directeurs, consentement, cause et objet*, Montréal, Université McGill, 1982, p. 188 et 189 : à propos des stipulations pour autrui implicites dans les contrats de transport au profit des ayants cause universels du passager, reconnues un temps par la jurisprudence française.

35 Req. 15 juill. 1875, S. 1877.1.326 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 2, n° 812, p. 914.

36 *Code des assurances*, art. L. 132-8, al. 2 ; ce texte prévoit expressément que les héritiers ainsi désignés par le souscripteur comme bénéficiaires d'une assurance-vie sont considérés comme de véritables bénéficiaires, ce qui exclut toute qualification successorale, en dépit de la terminologie utilisée par le souscripteur ; *cf.* F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 2, n° 509, p. 486.

lation pour autrui[37], les auteurs de la *Théorie des obligations*, en principe non hostiles à cette qualification, finissent par l'écarter à cause de l'évolution de la législation. En effet, selon ces juristes, il n'est plus possible, depuis le 20 octobre 1976[38], de voir dans la désignation des « héritiers », de la « succession » ou des « ayants cause » du contractant une véritable stipulation pour autrui[39]. Effectivement, le législateur a apporté en 1974, en matière d'assurance sur la vie, une prévision que ne connaissait pas le droit antérieur : la mention du preneur ou de l'adhérent, ainsi formulée, ne crée pas une véritable désignation de bénéficiaire. en ce cas, l'assurance « fait partie de la succession » du preneur ou de l'adhérent (art. 2540, al. 2 C.c.B.C. ; aujourd'hui, art. 2456, al. 1er C.c.Q.).

Faut-il, cependant, comme semblent le préconiser ces interprètes, appliquer cette solution, prévue pour l'assurance sur la vie, à tous les secteurs[40] ? Nous ne le pensons pas. Il est difficile, selon nous, de voir dans cette disposition spécifique de l'assurance sur la vie l'expression même d'une règle du droit commun québécois, applicable à tous les secteurs. En effet, les dispositions du chapitre XV relatives aux bénéficiaires ont été spécialement insérées en 1976 pour déroger au droit commun de la stipulation pour autrui. Il est donc délicat d'extrapoler à tous les domaines une disposition qui devrait constituer une exception à la règle, et non l'expression ponctuelle de la règle elle-même[41]. À notre avis, dans les secteurs autres que l'assurance sur la vie, la qualification de stipulation successorale ne s'impose pas d'office. Elle ne peut s'imposer que si les circonstances et la volonté du contractant rendent la solution vraisemblable.

---

37 P.-B. MIGNAULT, *op. cit.*, note 21, p. 280 : « On peut stipuler […] pour ses héritiers sans stipuler […] pour soi-même. »

38 Date de l'entrée en vigueur de la réforme de 1974 du droit québécois des assurances terrestres.

39 J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, nº 300, p. 549.

40 Parviennent, aussi à cette conclusion, mais de manière plutôt implicite : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 2, nº 491, p. 502 et 503.

41 Fait intéressant à constater : il s'agit de la problématique inverse de celle que connaît le droit français, à propos de l'article L. 132-8, al. 2 du *Code des assurances* : ne se demande-t-on pas, en France, si la qualification de stipulation pour autrui, consacrée par ce texte, ne serait pas l'expression d'un principe plus général, ou si cette disposition législative ne dérogerait pas au droit commun ? Là-dessus, voir : Ch. LARROUMET, *op. cit.*, note 2, nº 812, p. 914.

II. La présence effective du bénéficiaire d'une stipulation pour autrui

La stipulation pour autrui ne peut être opérationnelle qu'en cas de présence effective du bénéficiaire. Cette présence suppose son existence (A) et sa détermination (B).

A. L'existence du bénéficiaire

Contrairement au droit français, encore incertain sur la question, du moins en droit commun[42], notre droit québécois des obligations n'exige pas que le tiers bénéficiaire existe au moment même de la stipulation. Tout ce que le *Code civil du Québec* requiert, sur le terrain du droit commun, est l'existence de cette personne « au moment où le promettant doit exécuter l'obligation en sa faveur » (art. 1445)[43]. Il suffit donc que le bénéficiaire

---

42 Si le *Code des assurances* reconnaît, en France, la stipulation au profit d'enfants à naître, au chapitre de l'assurance sur la vie (art. L. 132-8), le mutisme du Code civil français sur le sujet suscite une interrogation. En principe, compte tenu de la règle de la relativité contractuelle et pour des raisons de stricte logique (il est curieux de créer une créance qui profite à un créancier alors inexistant…), la stipulation au profit d'une personne future ne serait tout simplement pas admise en droit commun. Pour une large partie de la doctrine française, cependant, les motivations d'ordre pratique ayant présidé à l'adoption de la solution propre à l'assurance-vie valent pour les autres secteurs : de là à préconiser la généralisation de la solution du *Code des assurances*, il n'y avait qu'un pas que maints auteurs n'ont pas hésité à franchir ; là-dessus, voir : R. CABRILLAC, *op. cit.*, note 2, nº 134, p. 96 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *op. cit.*, note 2, nº 474, p. 346 et 347 ; Ch. LARROUMET, *op. cit.*, note 2, nº 811, p. 912 et 913 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, note 2, nº 785, p. 901 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, note 2, nº 1534, p. 531 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, note 2, nº 510, p. 486 et 487. Sur la maxime « *infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis ejus agitur* », voir : Henri ROLAND et Laurent BOYER, *Adages du droit français*, 4e éd. Paris, Litec, 1999, p. 327-330. Plus généralement, voir : Anne LEFEBVRE-TEILLARD, « Infans conceptus. Existence physique et existence juridique », (1994) 72 R.H.D. 499.

43 J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 2, nº 491, p. 502 : « Il est possible de stipuler […] au profit de ses futurs enfants » ; sur la justification de cette solution du *Code civil du Québec*, voir : J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, nº 301, p. 551-553.

existe lors de l'exigibilité de la créance créée à son profit. Ainsi, la clause d'un contrat prévoyant qu'un éditeur versera des droits d'auteurs aux enfants du contractant est parfaitement valable, même si ce dernier n'a pas encore procréé. Pourvu que ces enfants soient nés au moment où l'éditeur devra effectuer les versements, la stipulation au profit des enfants à naître sera licite et opérationnelle[44]. Étant donné, par ailleurs, la généralité des termes utilisés par l'article 1445, la solution devra être la même si la stipulation est faite au bénéfice d'une personne morale non encore constituée[45].

B. La détermination du bénéficiaire

Le tiers bénéficiaire doit-il être parfaitement désigné par ses nom et prénom, s'il s'agit d'une personne physique, ou par sa raison sociale, s'il s'agit d'une personne morale ? Certes, une pareille désignation est idéale, évitant toute ambiguïté quant à l'identité du bénéficiaire. Mais, codifiant une jurisprudence[46] solidement établie[47], le législateur admet qu'une stipulation puisse ne pas être rigoureusement précise. Même si le bénéficiaire n'est pas, lors de la stipulation, parfaitement identifié, la stipulation sera néan-

---

44 Dans le cas, cependant, de l'assurance sur la vie (art. 2447, al. 1er) et de la constitution d'une rente viagère (art. 2373, al. 2), le législateur va plus loin encore : il n'est pas nécessaire qu'au moment où la créance devient exigible (au décès de l'assuré, dans le cas de l'assurance sur la vie, ou au moment prévu par le contrat de rente viagère), l'enfant soit déjà né. Il suffit, en effet, que l'enfant soit, alors, conçu et naisse plus tard « vivant et viable ». Cette solution, exceptionnelle, ne peut évidemment pas s'appliquer en dehors de l'assurance sur la vie et de la rente viagère.

45 Sur la problématique des personnes morales futures visées par une stipulation pour autrui, en France, voir : J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, note 1, no 1009, p. 1090-1092.

46 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, *Le Code civil du Québec*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 877 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, no 300, p. 549-551.

47 *Hallé* c. *The Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368, 374 (j. Rinfret) ; *Juneau* c. *Plamondon*, (1931) 69 C.S. 327, 331 ; *Mathieu* c. *Coderre*, [1971] C.S. 404, 405. En France, la jurisprudence allait, et va encore, dans la même direction que celle du Québec avant le 1er janvier 1994 : *cf.* Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 6, Paris, LGDJ, 1930, no 367, p. 502.

moins fonctionnelle s'il est, alors, au moins déterminable (art. 1445)[48]. Est déterminable, au moment de la stipulation, la désignation qui « comporte les éléments requis à son identification à l'époque où le promettant devra exécuter ses obligations »[49].

Ainsi, désigner le bénéficiaire par sa qualité familiale – « mon frère »[50] –, ou professionnelle – « mon associé », « nos salariés »[51] –, devrait suffire, pourvu qu'il n'y ait pas d'équivoque[52]. Les éléments d'identification peuvent, tout aussi bien, ne pas porter sur la personne en tant que telle du bénéficiaire, mais sur les circonstances dans lesquelles il peut se trouver couvert par la stipulation. Entre dans ce cas de figure la clause d'un contrat d'assurance de responsabilité civile, relatif à l'utilisation d'un bateau de plaisance, prévoyant qu'outre l'assuré nommé, sera couverte par la police « la personne conduisant le bateau avec l'accord de l'assuré »[53]. Dans tous ces cas, il suffira de reconnaître qui est le frère ou l'associé ou qui sont les salariés du stipulant, au moment où la créance devient exigible, comme il suffira de prendre acte de la personne qui s'est trouvée, lors de l'accident

---

48 Une solution semblable prévaut en matière de désignation de bénéficiaires d'une police d'assurance sur la vie : art. 2447, al. 1er : *cf.* Didier LLUELLES, *op. cit.*, note 12, p. 401 : « Il n'est […] pas nécessaire que le nom du bénéficiaire figure dans la désignation, pourvu qu'on puisse le reconnaître comme étant la personne que visait alors le titulaire ou l'adhérent [Exemple : "je désigne mon épouse".] »

49 J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 2, no 491, p. 502 ; *Juneau* c. *Plamondon*, (1931) 69 C.S. 327, 331. En France, la jurisprudence va dans la même direction : *cf.* J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, note 1, no 1006, p. 1088 et 1089.

50 *Le* c. *Le*, [1994] R.J.Q. 1058, 1063 (C.S.) : « le bénéficiaire est nettement déterminable, c'est le frère du défendeur » (à propos d'un contrat de parrainage en matière d'immigration).

51 *Cf.*, à propos d'un régime de retraite en faveur « des salariés » de l'entreprise stipulante, *T.S.C.O. of Canada Ltd.* c. *Châteauneuf*, [1995] R.J.Q. 637, 677 (C.A.) (Affaire *Singer*), ou des actionnaires et détenteurs d'obligations d'une entreprise, *Minister of National Revenue* c. *Massawippi Valley Railway Co.*, [1961] Ex. C.R. 191, 198 (j. Dumoulin).

52 Ce qui pourrait être le cas si, lors de la désignation, le stipulant avait plusieurs frères ou plus d'un associé.

53 *Cf. Hallé* c. *The Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368, 374 (j. Rinfret) ; voir aussi, à propos d'une clause par laquelle un assureur s'engage envers son assuré à ne pas poursuivre le tiers conducteur : *Compagnie d'Assurance du Québec* c. *Belzile*, [1996] R.R.A. 857, 859 (C.Q.).

impliquant le bateau de notre exemple, à la barre de l'embarcation avec l'accord du propriétaire.

Il se peut que les qualités exprimées par le stipulant ne soient pas rigoureusement conformes à la réalité, voire au droit. Ce qui compte en définitive, c'est *la* personne à qui pensait vraiment, lors de la conclusion du contrat, le stipulant en cause[54]. En effet, « en cas de doute sur l'identité de la personne désignée, le juge s'en remettra, à la lumière des circonstances, à l'intention vraisemblable du [stipulant] »[55]. Encore faut-il, cependant, que l'on soit en présence d'un minimum d'indices à la fois objectifs, précis et indépendants de la volonté exclusive du promettant, pour conclure au caractère déterminable du bénéficiaire[56].

*

* *

Mais ces quelques difficultés d'ordre tantôt théorique, tantôt technique, ne sont que le prix à payer – modique, au demeurant – pour l'utilité et la performance d'un outil favorable au développement des liens d'affaires. La structure triangulaire de la stipulation pour autrui assure en

---

54 *Cf. Hubert* c. *Martin*, [1951] C.S. 309, 310 : « Considérant […] que la défenderesse est suffisamment désignée comme bénéficiaire de la […] police d'assurance, même si l'indication d'épouse est fausse en fait et en droit […]. »

55 Didier LLUELLES, *op. cit.*, note 12, p. 402 et la note 85. Exemple : X nomme son « épouse Luce » , alors que l'épouse s'appelle Sophie et que Luce est la conjointe de fait ; *cf.*, aussi, *Favreau* c. *Lapointe*, [1988] R.R.A. 807 (C.S.) ; *Jorceley* c. *Prudential Assurance Co.*, [1987] R.R.A. 706 (C.S.).

56 Faute de quoi, il ne saurait y avoir de stipulation pour autrui : *Ignace Bilodeau Limitée* c. *Conseil des Métiers de la Construction des Syndicats Nationaux Catholiques de Québec*, (1929) 46 B.R. 423, 429 (j. Tellier) ; une paroisse stipule de ses entrepreneurs qu'ils « emploieront des ouvriers des unions catholiquement syndiqués autant que possible » ; la clause du contrat d'entreprise ne fut pas suivie d'effet : « La fabrique de St-François d'Assise aura sans doute le droit de se plaindre, parce que c'est elle qui a stipulé ; mais je ne vois pas qui, parmi les ''ouvriers des unions catholiquement syndiqués'', pourrait avoir le droit de se plaindre. En somme, la stipulation […], à cause de son indétermination et de son indéterminabilité, est sans valeur aucune pour les ''ouvriers des unions catholiquement syndiqués''. » *Cf. Mathieu* c. *Coderre*, [1971] C.S. 404, 405 ; M. TANCELIN, *op. cit.*, note 2, n° 436, p. 219. Voir aussi, à propos des « pauvres » et des « bonnes œuvres », avantagés par une clause du contrat : J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, note 1, n° 1006, p. 1089 et la note 336.

effet une souplesse certaine aux relations économiques. Jointe à une application libérale de la jurisprudence, la stipulation pour autrui a permis un développement spectaculaire d'institutions impliquant une structure à trois[57]. L'on dit parfois que la common law, par sa souplesse, est particulièrement propice au développement des affaires, laissant entendre que le droit civil, par sa rigidité dogmatique, n'aurait pas cette propension ! La stipulation pour autrui dément catégoriquement pareille pétition de principe[58]. La common law classique, pour sa part, refuse qu'un tiers puisse bénéficier des avantages d'un contrat. Comme l'affirmait on ne peut plus clairement lord Haldane : « *My Lords, in the Law of England certain principles are fundamental. One is that only a person who is a party to a contract may sue on it*. »[59] Certes, en 1999, une loi britannique a introduit une

---

57 Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n°s 2333-2336, p. 1316-1320 ; voir aussi : J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN et N. VÉZINA, *op. cit.*, note 2, nº 487, p. 500 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 1, nº 297, p. 544 et 545.

58 *Cf.* Jean-Louis GAZZANIGA, *Introduction historique au droit des obligations*, coll. « Droit fondamental/Droit civil », Paris, PUF, 1992, nº 82, p. 101.

59 *Dunlop Pneumatic Tyre Co.* v. *Selfriddge Co.*, [1915] A.C. 847, 853 (H.L.) ; *Beswick* v. *Beswick,* [1968] A.C. 58 ; G.H. TREITEL, *The Law of Contract*, 8e éd., Londres, Sweet and Maxwell, 1991, ch. 15, p. 523-575 ; Jean-Claude MONTANIER et Geoffrey SAMUEL, *Le contrat en droit anglais*, coll. « Le droit en plus » , Grenoble, PUG, 1999, p. 93-109 ; voir aussi, en common law canadienne : *Vandepitte* v. *Preferred Accident Insurance Co.*, [1933] A.C. 70 (C. privé) ; cet arrêt *Vandepitte* est, d'une certaine manière, le pendant de common law de l'arrêt civiliste *Hallé* c. *The Canadian Indemnity Co.*, [1937] R.C.S. 368 *; cf. Vermont Construction Inc.* c. *Beatson*, [1977] 1 R.C.S. 758, 770 (j. Pigeon) : « Sous la common law […] on n'admet pas comme en droit civil la stipulation pour autrui » ; C.K. IRVING, *loc. cit.*, note 11, 338. Il semble que le refus de la stipulation pour autrui par la common law classique s'explique par l'exigence de la *consideration :* comment le promettant serait-il tenu, alors qu'il n'a rien reçu, en contrepartie, du bénéficiaire, absent de la convention ? Là-dessus, voir : René DAVID et David PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1985, nº 389, p. 282. Cet argument est loin, cependant, de faire l'unanimité chez les juristes de common law ; là-dessus, voir : John MANWARING, « Le droit des contrats » , dans Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de common law et aperçu comparatif du droit civil québécois*, Toronto, Carswell, 1997, p. 287, aux pages 341 et 342. Il convient de préciser que la common law classique, en l'absence même d'une loi d'appoint, parvient, à l'occasion, à avantager un tiers grâce à certaines techniques, comme une application souple de la notion d'*agency* ou l'utilisation judicieuse du *trust* : *cf. Elder, Dempser and Co.* v. *Paterson,*

certaine dose de stipulation pour autrui dans le droit de l'Angleterre[60], mais il faut admettre que la *règle* de base est toujours là[61], et que toutes les législatures de l'ex-empire britannique sont loin d'avoir suivi l'exemple de la mère patrie[62]. Voilà un argument de poids que les civilistes ne devraient pas hésiter à opposer avec vigueur au dénigrement tout gratuit du système

---

Zochonis and Co., [1924] A.C. 522 ; *Scruttons Ltd.* v. *Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446 ; René DAVID et David PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2e éd., Paris, LGDJ, 1985, no 392, p. 283-285.

60 *Contracts (Rights of Third Parties) Act*, 1999, c. 31 (R.-U.) ; *Current Law Statutes* 1999, vol. 2, Londres, Sweet & Maxwell, p. 31-1 et suiv. ; Hugh BEALE, « Stipulations for Third Parties in English Law », dans *Études offertes à Jacques Ghestin : le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 45 ; Catharine MACMILLAN, « A Birthday Present for Lord Denning : The Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 », (2000) 63 *Mod. L.R.* 721 ; Thomas ROE, « Contractual Intention under Section 1(1)(b) and 1(2) of the Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999 », (2000) 63 *Mod. L.R.* 887. Cette évolution législative du droit anglais est sans doute motivée par la volonté d'assurer une meilleure intégration dans l'espace économique européen, où domine le droit civil.

61 Il convient, toutefois, de signaler, dans la jurisprudence canadienne de common law, une légère ouverture vers une certaine forme de stipulation pour autrui, au sein même du droit classique : *London Drugs Ltd.* v. *Kuehne & Nagel International*, [1992] 3 R.C.S. 299, 97 D.L.R. (4th) 261 (j. Iacobucci) ; cette affaire concernait l'efficacité d'une clause de non-responsabilité au profit d'employés d'une entreprise, étrangers au contrat conclu par cette dernière et un de ses clients ; la décision permet aux employés de bénéficier de la protection de la clause ci-dessus ; essentiellement fondée sur des considérations d'opportunité économique et de justice sociale ; la solution (qui ne donne pas comme tel un *recours* aux tiers, mais leur accorde un moyen de défense) apparaît comme « une exception limitée » : *cf.* John MANWARING, *loc. cit.*, note 59, 345 et 346 ; voir aussi, dans la même direction : *Fraser River Pile & Dredge Ltd.* v. *Can-Dive Services Ltd.*, [1999] SCJ 48 (j. Iacobucci).

62 La législature du Nouveau-Brunswick semble avoir précédé le parlement de Londres, par l'adoption, en 1993, d'une loi reconnaissant aux tiers, identifiés par un contrat ou en vertu de ce dernier, le droit d'exiger le respect des engagements souscrits en leur faveur : *Loi sur la réforme du droit*, L.N.-B., c. L-1.2, art. 4. Cette loi est entrée en vigueur le 1er juin 1994. Aux dernières nouvelles, il s'agirait de la seule province canadienne de common law à avoir adopté une telle mesure, bien que des projets aient été élaborés en Ontario et en Nouvelle-Écosse ; *cf.* LAW REFORM COMMISSION OF ONTARIO, *Report on Amendment to the Law of Contract*, 1987 ; LAW REFORM COMMISSION OF NOVA SCOTIA, *Privity of Contract : Third Party Rights*, Halifax, 1994.

de droit civil, véhiculé *ad nauseam* dans le rapport *Doing Business* de la Banque mondiale[63] !

[63] Sur cette publication et la polémique qu'elle a provoquée, on peut consulter le lien approprié sur le site de la *Chaire Jean-Louis Baudouin en droit civil* : <http://www.chairejlb.ca/>.

LES CONDITIONS DE LA REPRÉSENTATION DANS LES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES**

Christine MORIN*

* J'ai choisi de traiter de la représentation dans les successions testamentaires parce qu'il s'agit d'un sujet d'intérêt à la fois pour « le professeur » et pour « le notaire » Comtois. Ce texte est, d'ailleurs, d'abord destiné aux étudiants et aux praticiens en droit des successions. Pour des textes de Roger Comtois sur le sujet, voir notamment, Roger COMTOIS (mis à jour par Jacques Beaulne), *Les testaments*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Libéralités », Doctrine – Document 2, Montréal, 2000, n[os] 111-122 et Roger COMTOIS, « Le sens du terme "enfants" dans les dispositions à titre gratuit », (1964) 14 *Thémis* 37.

** Professeure à l'Université Laval

Introduction

Au Québec, la loi dispose que le testateur est libre de disposer de ses biens comme il le souhaite, qu'il a la liberté de tester[1]. Cette liberté de tester permet, en outre, au testateur de régler la dévolution de ses biens à son décès autrement que ne le fait la loi. Elle lui permet également de décider ce qu'il advient lorsqu'une disposition testamentaire est inefficace au moment de l'ouverture de la succession, que ce soit pour des motifs de nullité, de caducité, de révocation ou de résolution. Le testateur est ainsi libre de stipuler qu'il y aura accroissement ou représentation. Il peut aussi prévoir un legs en sous-ordre ou un legs universel résiduaire[2]. Par contre, si le testateur ne prévoit rien, il faut alors s'en remettre aux dispositions du Code civil afin de déterminer ce qu'il advient de l'objet du legs inefficace, ce qui aura pour effet de compliquer la liquidation de la succession. Le praticien chargé de liquider une telle succession – où un legs est inefficace et où le testament est muet quant au sort de l'objet du legs – doit donc déterminer s'il s'agit d'un cas où la représentation a lieu.

Dans les quelques pages qui suivent, nous allons « décortiquer » l'article 749 du *Code civil du Québec*, qui pose les conditions pour qu'il y ait représentation de plein droit dans une succession testamentaire, avec l'objectif d'aider le praticien à identifier les situations concrètes où la représentation a lieu[3]. Après avoir brièvement rappelé l'utilité et les effets de la représentation, nous examinerons les conditions générales de la représentation, puis ses conditions particulières aux successions testamentaires.

---

1 Art. 703 C.c.Q. Sous réserve des dispositions impératives de la loi, notamment celles en matière de patrimoine familial et d'obligation alimentaire après le décès. Voir Christine MORIN, « Exercer sa liberté de tester : pas toujours sur la valeur totale de son patrimoine », dans Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette : Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, p. 33.

2 Pour des modèles de rédaction de clauses, voir *Accroissement, legs en sous-ordre et représentation*, dans Chambre des Notaires du Québec, *R.D./N.S.*, « Libéralités », Formulaire – Document 1.6, Montréal, 2006.

3 Sur le même sujet, voir Jacques AUGER, « La représentation dans les successions testamentaires », (2000) 102 *R. du N.* 115 où l'auteur donne plusieurs exemples intéressants. Voir également Jacques BEAULNE, *La liquidation des successions*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n°s 191-199 ; Germain BRIÈRE (revu et mis à jour par Jacques BEAULNE), *Droit des successions*, 3e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, n°s 208-228.

I. La représentation

Le *Code civil du Québec* définit la représentation comme « une faveur accordée par la loi, en vertu de laquelle un parent est appelé à recueillir une succession qu'aurait recueillie son ascendant, parent moins éloigné du défunt, qui, étant indigne, prédécédé ou décédé au même instant que lui, ne peut la recueillir lui-même »[4]. La représentation constitue une exception à la règle de la proximité des degrés en vertu de laquelle le successible qui est au degré le plus proche du *de cujus,* à l'intérieur d'un ordre de dévolution, est celui qui hérite[5].

La représentation a pour effet de faire entrer le représentant dans le degré du représenté et d'opérer le partage de la succession par souche plutôt que par tête[6]. Concrètement, les effets de la représentation diffèrent selon qu'il s'agit d'un cas de représentation *aux fins de succession* ou *aux fins de partage*[7].

Lorsqu'il y a représentation *aux fins de succession*, la représentation a pour effet de permettre au représentant de gagner un ou plusieurs degrés de manière à pouvoir succéder, alors qu'il aurait été exclu de la succession autrement[8]. Par exemple, lorsque le *de cujus* a deux enfants, mais que l'un d'eux est prédécédé, la représentation permet aux descendants de cet enfant prédécédé de venir à la succession par représentation de leur auteur avec l'enfant vivant. Le partage se fait alors par souche, soit une moitié (1/2) à l'enfant vivant et une moitié (1/2) partagée entre les descendants de l'enfant prédécédé.

La représentation *aux fins de partage* permet plutôt au représentant de recueillir une part différente de la succession par rapport à celle qu'il aurait obtenue s'il avait hérité de son propre chef[9]. C'est le cas, notamment, lorsque tous les enfants du *de cujus* sont décédés au moment de la succession.

---

4 Art. 660 C.c.Q. Le *Code civil du Bas Canada*, à l'article 619, la définissait ainsi : « Fiction de la loi, dont l'effet est de faire entrer les représentants dans la place, dans le degré et dans les droits du représenté. »

5 G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 3, nº 206.

6 Art. 660 et 665 C.c.Q.

7 J. AUGER, *loc. cit.*, note 3 ; G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 3, nº 212.

8 Art. 661, al. 2 *in limine* C.c.Q.

9 Art. 661, al. 2 *in fine* C.c.Q.

Dans une telle situation, les petits-enfants héritent par représentation de leur auteur, donc par souche[10]. Par exemple, dans un cas où le *de cujus* a deux enfants (X et Y) qui l'ont prédécédé et que l'enfant X laisse un descendant alors que l'enfant Y en laisse trois, la représentation a pour effet que le descendant de X recueille la moitié (1/2) de la succession alors que ceux de Y se partagent l'autre moitié (un sixième (1/6) à chaque enfant de Y). Sans la représentation, les petits-enfants auraient partagé la succession en parts égales entre eux, par tête[11]. Chaque petit-enfant aurait alors recueilli un quart (1/4) de la succession. On constate donc que la représentation a ici pour effet de modifier la part de la succession qui est recueillie par les petits-enfants, d'où l'expression « représentation aux fins de partage ».

Ce n'est que depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* que la représentation peut avoir lieu dans une succession testamentaire sans que le testateur ne l'ait prévu, mais uniquement dans la mesure où différentes conditions sont respectées[12]. Au contraire, le *Code civil du Bas Canada* prévoyait que la représentation n'avait pas lieu dans les legs[13]. Ce changement a pour effet d'obliger le praticien à s'en remettre aux règles de droit transitoire lorsqu'une personne décède après l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* alors que son testament a été rédigé avant ce moment.

La loi transitoire prévoit une disposition spécifique à la représentation dans les successions testamentaires[14]. Il s'agit de l'article 41 qui dispose qu'il faut référer à la loi en vigueur au jour où le testament est fait – plutôt qu'à la loi en vigueur au moment de l'ouverture de la succession – pour déterminer si la représentation a lieu. On comprend que si une personne décède en 2007, mais que son testament a été rédigé en 1992, la représentation ne peut avoir lieu de plein droit puisque c'est le *Code civil du Bas Canada* qui s'applique. Dès qu'un testament a été rédigé avant le 1er janvier

---

10 Art. 668, al. 2 C.c.Q.

11 Ce serait le cas si les enfants X et Y avaient renoncé à la succession. Voir les articles 664 et 668, al. 1 C.c.Q.

12 Art. 749 C.c.Q.

13 Art. 937 et 979 C.c.B.C. La représentation pouvait cependant jouer lorsqu'il s'agissait d'interpréter le mot « enfant » ; art. 980 C.c.B.C.

14 *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 41. Jacques AUGER, « Le droit des successions et le droit transitoire », (1995) 1 *C.P. du N.* 53, n[os] 52-62.

1994, la représentation ne peut avoir lieu que si le testateur l'a stipulée[15]. Les conditions nécessaires pour qu'il y ait représentation de plein droit dans une succession testamentaire – qui sont l'objet de ce texte – ne peuvent, conséquemment, s'appliquer qu'aux testaments rédigés après 1994.

Soulignons également que l'article 749 C.c.Q. ne s'applique pas à la substitution ni à la fiducie[16]. Lorsqu'il y a substitution, l'article 1252 C.c.Q. prévoit qu'il y a accroissement et non représentation. Pour ce qui est de la fiducie, la même conclusion découle de l'article 1286 C.c.Q.[17]

L'article 749 C.c.Q. s'applique cependant aux donations à cause de mort et aux institutions contractuelles[18], et ce, en vertu de l'article 613 C.c.Q. qui dispose que la donation à cause de mort est assimilée à une disposition testamentaire dans le cadre de la liquidation de la succession[19]. Comme le legs inefficace, la donation doit néanmoins respecter différentes conditions pour que la représentation ait lieu de plein droit. Ce sont ces conditions qui sont prévues à l'article 749 C.c.Q. que nous allons maintenant étudier.

---

15 *Bricard-Pelletier* c. *Nadeau*, J.E. 2004-1723 (C.S.) ; *Sheehy* c. *Trust Général du Canada*, J.E. 2001-948 (C.Q.) ; *Graif (Succession de)*, J.E. 98-1015 (C.S.) ; *Walker-Peterkin* c. *Corbett-Ansell*, J.E. 97-2003 (C.S.). Mentionnons également la décision *Comeau (Succession de)*, où il est question d'un testament olographe rédigé en 1982, mais ratifié par le testateur en 1988, 1994 et 1997. Le juge conclut que la ratification n'a pas eu pour effet de refaire le testament. En conséquence, ce sont les dispositions du *Code civil du Bas Canada* en matière de représentation qui ont été appliquées. *Comeau (Succession de)*, J.E. 2006-95 (C.S.).

16 Bien entendu, le testateur peut toujours prévoir expressément que la représentation a lieu. Pour des décisions rendues en vertu du *Code civil du Bas Canada* où on a recherché l'intention du testateur*: Trust Général du Canada* c. *Amyot*, AZ-01019577 (C.A.) ; *Dionne (Succession de)*, AZ-50195989 (C.S.).

17 Voir Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2e éd., coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, no 281.

18 Les commentaires du ministre de la Justice sont à l'effet que la nouvelle règle pourra s'appliquer en matière d'institution contractuelle. Voir MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU QUÉBEC, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993, commentaire sous l'article 749 C.c.Q.

19 Toutes les conditions qui découlent de l'article 749 C.c.Q. – que nous étudierons dans ce texte – s'appliquent donc aux donations à cause de mort.

II. Les conditions générales de la représentation

L'article 749 C.c.Q. dispose que « la représentation a lieu, dans les successions testamentaires, de la même manière et en faveur des mêmes personnes que dans les successions *ab intestat* [...] ». Par cette mention, l'article 749 renvoie aux conditions générales pour que la représentation puisse avoir lieu dans une succession *ab intestat*, notamment aux articles 660 à 665 C.c.Q.

Les quatre premières conditions à respecter, pour qu'il y ait représentation de plein droit en matière de succession testamentaire, découlent de cette référence aux conditions de la représentation dans les successions *ab intestat*. Ces conditions générales sont cumulatives à celles que nous étudierons ultérieurement et qui sont spécifiquement prévues lorsque le *de cujus* a laissé un testament.

La première condition nécessaire à la représentation est la présence d'un représentant, c'est-à-dire que le représenté doit laisser au moins un descendant. Cette première condition découle de la définition de la représentation qui prévoit que celle-ci permet à un parent de recueillir une succession « qu'aurait recueillie son <u>ascendant</u> (nous soulignons) »[20]. Si la personne qui aurait dû recueillir la succession (le représenté) ne laisse pas de descendants (de représentants) au moment de la succession, la représentation ne peut tout simplement avoir lieu.

La deuxième condition pour qu'il y ait représentation de plein droit a trait au motif pour lequel le représenté ne peut recueillir la succession. En effet, l'article 660 C.c.Q. prévoit que la représentation a lieu lorsqu'un parent est indigne, prédécédé ou décédé au même instant que le *de cujus*. Ce n'est donc que dans l'une de ces situations qu'il peut y avoir représentation de plein droit. Dans une succession testamentaire, cette condition signifie que le praticien doit déterminer la cause de l'inefficacité du legs pour savoir si la représentation a lieu. Ce n'est que si le legs est inefficace parce que le légataire est indigne[21], prédécédé ou décédé au même instant que le

---

20 Art. 660 C.c.Q.

21 Certains voient une difficulté en matière testamentaire lorsque le représenté est indigne. En effet, le texte de l'article 750 C.c.Q. dispose que le legs est caduc lorsque le légataire est indigne de le recevoir, sans mentionner « sauf s'il y a lieu à représentation ». Voir particulièrement J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, nº 197. Soulignons toutefois qu'il serait pour le moins étrange que l'indigne puisse être représenté lorsque la succession

testateur que la représentation peut avoir lieu. Conséquemment, la représentation n'a pas lieu lorsqu'un successible renonce à la succession, ce que, d'ailleurs, l'article 664 C.c.Q. confirme expressément[22]. Il s'en suit également qu'on ne peut représenter une personne vivante, sauf dans le cas où elle est indigne.

La troisième condition générale de la représentation – qui, en matière testamentaire, résulte du renvoi aux règles applicables en matière de succession *ab intestat* – concerne le représenté ou, plus précisément, le lien de parenté du représenté avec le *de cujus*. On sait qu'en vertu des règles de dévolution légale, ce ne sont pas tous les héritiers qui peuvent être représentés. Étant donné que la représentation est un mécanisme qui déroge à la règle de la proximité des degrés, la loi prévoit qui sont les parents qui peuvent être représentés dans chacun des trois ordres de dévolution de la succession.

Dans le premier ordre[23], celui du conjoint survivant et des descendants, la représentation a lieu à l'infini dans la ligne directe descendante[24]. Il est ainsi possible de représenter un enfant, un petit-enfant, un arrière-petit-enfant et ainsi de suite, à l'infini.

Dans le deuxième ordre[25], l'ordre de la dévolution au conjoint survivant et aux ascendants ou collatéraux privilégiés, la représentation a lieu en faveur des descendants au premier degré des frères et sœurs du défunt, soit les neveux et les nièces, qu'ils concourent ou non avec les frères et sœurs[26]. Dans cet ordre, ce sont donc uniquement les frères et sœurs du défunt qui peuvent êtres représentés.

---

est *ab intestat* alors qu'il ne pourrait l'être lorsque la succession est testamentaire, particulièrement vu le texte de l'article 749 C.c.Q. qui dispose expressément que la représentation a lieu dans les successions testamentaires « de la même manière et en faveur des mêmes personnes que dans les successions *ab intestat* » (nous soulignons).

22 Voir aussi l'art. 647 C.c.Q.

23 Art. 666-669 C.c.Q.

24 Art. 661 C.c.Q.

25 Art. 670-676 C.c.Q. Les ascendants privilégiés sont les père et mère du défunt. Les collatéraux privilégiés sont les frères et sœurs ainsi que les neveux et nièces du défunt.

26 Art. 663 *in limine* C.c.Q.

Dans le troisième et dernier ordre[27], celui des ascendants et collatéraux ordinaires, la représentation a lieu « en faveur des autres descendants des frères et sœurs du défunt à d'autres degrés, qu'ils se trouvent, entre eux, en degrés égaux ou inégaux », ce qui signifie que les neveux et nièces ainsi que leurs descendants sont susceptibles d'être représentés[28]. Soulignons toutefois qu'il est, dans ce dernier cas, question de représentation « entre collatéraux ordinaires », donc dans le troisième ordre de dévolution de la succession. Étant donné la prédominance de la règle du classement par ordre[29], la représentation en faveur des autres descendants des frères et sœurs du défunt à d'autres degrés ne doit pas être interprétée de manière à permettre à ces personnes de changer d'ordre de dévolution et, ainsi, de passer du troisième au deuxième ordre. Par exemple, si le *de cujus* a pour unique famille un neveu, fils de son frère prédécédé, et un petit-neveu, petit-fils de sa sœur prédécédée, le petit-neveu ne peut venir à la succession par représentation de la sœur du défunt[30]. En effet, le petit-neveu est du troisième ordre de dévolution légale alors que le neveu – un collatéral privilégié du défunt – est du deuxième ordre. Dans un tel cas, le neveu recueillerait donc la totalité de la succession parce qu'il est le seul successible du deuxième ordre.

C'est parce que l'article 749 C.c.Q. réfère à la représentation dans les successions *ab intestat* que seules les personnes ci-dessus mentionnées – un descendant, un frère ou une sœur ou un descendant d'un frère ou d'une sœur du défunt – sont susceptibles d'être représentées de plein droit si le *de cujus* a laissé des dispositions testamentaires. Conséquemment, la représentation dans les successions testamentaires n'aura jamais lieu de plein droit si le legs inefficace est en faveur du conjoint ou d'un ami du défunt puisqu'il ne s'agit pas de personnes qui peuvent être représentées dans une succession *ab intestat*. Rappelons également que la représentation n'a jamais lieu en faveur d'un ascendant[31].

La quatrième condition générale de la représentation a trait au représentant : celui-ci doit avoir les qualités requises pour succéder au défunt.

---

27 Art. 677-683 C.c.Q.

28 Art. 663 *in fine* C.c.Q. Au contraire, il n'est pas possible de représenter les autres collatéraux ordinaires, soit ceux qui ne descendent pas des frères et sœurs du défunt.

29 G. BRIÈRE, *op. cit.*, note 3, n° 215.

30 Art. 677 C.c.Q.

31 Art. 662 C.c.Q.

Conformément à ce que prévoit la loi pour pouvoir succéder, le représentant doit être une personne physique[32] qui existe au moment de l'ouverture de la succession, ce qui inclue l'absent présumé vivant à cette époque et l'enfant conçu, mais non encore né, s'il naît vivant et viable[33]. De plus, le représentant doit lui-même être digne de succéder au défunt[34].

Ces quatre premières conditions doivent être systématiquement vérifiées afin de déterminer si la représentation a lieu, tant lorsque la succession est *ab intestat* que lorsqu'elle est testamentaire. L'article 749 C.c.Q. ajoute toutefois d'autres conditions spécifiques à la succession testamentaire que nous allons maintenant étudiées.

III. Les conditions particulières aux successions testamentaires

Outre les conditions générales que nous venons d'examiner et qui s'appliquent aux successions testamentaires en raison de la mention « de la même manière et en faveur des mêmes personnes que dans les successions *ab intestat* » qu'on retrouve à l'article 749 C.c.Q., d'autres conditions doivent aussi être respectées pour que la représentation ait lieu de plein droit dans une succession testamentaire. En effet, l'article 749 C.c.Q. ajoute que le legs doit être :

> « fait à tous les descendants ou collatéraux du testateur qui auraient été appelés à sa succession s'il était décédé *ab intestat*, à moins qu'elle ne soit exclue par le testateur, expressément ou par l'effet des dispositions du testament.
>
> Cependant, il n'y a pas de représentation en matière de legs particulier, sauf disposition contraire du testateur. »

Quatre autres conditions découlent de cette portion de l'article 749 C.c.Q.

La première – et la plus importante – a trait à la volonté du testateur. Tel qu'exprimé précédemment, comme le testateur a la liberté de tester, il peut décider d'exclure la représentation expressément ou implicitement. Il

32 Les personnes morales et l'État peuvent aussi recevoir par testament, mais, évidemment, la question de la représentation ne se pose pas pour ceux-ci. Art. 618 C.c.Q.

33 Art. 617 C.c.Q.

34 Sur l'indignité, voir art. 620-623 C.c.Q.

peut exclure la représentation expressément en stipulant « il n'y aura pas représentation ». Il peut aussi le faire de façon implicite en prévoyant, par exemple, qu'il y aura accroissement en faveur d'un colégataire[35]. La Cour supérieure a déjà mentionné que l'utilisation du terme « vivants », dans un legs universel en faveur des frères et sœurs vivants du testateur, avait aussi pour effet d'exclure la représentation[36]. Le premier réflexe du praticien qui doit déterminer ce qu'il advient d'un legs inefficace doit donc toujours être de vérifier si le testateur a exclu la représentation.

La seconde condition spécifique à la représentation dans les successions testamentaires concerne l'espèce de legs. Comme l'article 749 C.c.Q. dispose qu'il n'y a pas de représentation en matière de legs particulier, la disposition testamentaire inefficace doit être un legs universel ou un legs à titre universel pour que la représentation puisse avoir lieu de plein droit[37]. Le praticien doit donc déterminer l'espèce du legs qui est inefficace pour savoir si la représentation a lieu.

Les troisième et quatrième conditions à vérifier découlent de la mention – toujours à l'article 749 C.c.Q. – que le legs doit être « fait à tous les descendants ou collatéraux du testateur qui auraient été appelés à sa succession s'il était décédé *ab intestat* ».

En plus de vérifier si le représenté fait partie des personnes qui peuvent être représentées dans une succession légale (voir la troisième condition générale), le praticien doit aussi s'assurer que le legs est en faveur de tous les membres de ce groupe de personnes. Concrètement, cette exigence signifie qu'advenant le prédécès du frère X du testateur qui a prévu un legs universel « en faveur de mes frère et sœur : X et Y », il faut se demander si le testateur n'avait qu'un frère et une sœur, auquel cas la représentation sera *susceptible* de s'appliquer dans la mesure où les autres conditions sont aussi remplies. Au contraire, si le testateur a laissé d'autres frères et sœurs, il ne pourra y avoir représentation puisque le legs ne serait pas en faveur de tous les collatéraux privilégiés qui auraient été appelés à sa succession en vertu des règles de dévolution légale. Il s'agit de la troi-

---

35 Les professeurs Auger et Beaulne donnent aussi l'exemple d'un legs de tous les biens en faveur des enfants « au premier degré », qui exclut implicitement la représentation. J. AUGER, *loc. cit.*, note 3 ; J. BEAULNE, *op. cit.*, note 3, n° 198.

36 *Comeau (Succession de)*, J.E. 2006-95 (C.S.).

37 Art. 731-734 C.c.Q. Rappelons, à nouveau, que le testateur pourrait cependant prévoir la représentation d'un légataire particulier dans son testament.

sième condition à considérer pour que la représentation ait lieu de plein droit.

Dans l'exemple ci-dessus, même dans la mesure où le testateur n'aurait qu'un frère et une sœur, il n'y aurait pas *automatiquement* représentation puisque le Code civil dispose également qu'il doit s'agir des personnes qui auraient été appelées à sa succession s'il était décédé *ab intestat*[38]. Cette référence aux règles de dévolution légale qui se seraient appliquées n'eut été la présence de dispositions testamentaires constitue la quatrième et dernière condition spécifique à la représentation dans les successions testamentaires. Si on poursuit avec l'exemple précédent du legs universel « en faveur de mes frère et sœur : X et Y », outre le fait que X et Y soient les seuls frère et sœur du défunt, le praticien doit notamment s'assurer que le testateur n'a pas laissé de descendants puisque si tel est le cas, X et Y n'auraient pas été appelés à sa succession s'il était décédé *ab intestat*[39]. Conséquemment, la représentation n'aurait pas lieu de plein droit.

Par contre, l'article 749 C.c.Q. n'exige pas que le legs soit *exclusivement* en faveur des descendants ou des collatéraux du testateur qui auraient été appelés à sa succession s'il était décédé sans testament. À titre d'exemple, dans une situation où le *de cujus* aurait légué l'universalité de ses biens à ses enfants et à sa conjointe de fait dans un testament rédigé le 14 janvier 1997, qu'un de ses enfants serait décédé en 2001 en laissant un descendant et que le testateur n'aurait rien prévu advenant l'inefficacité du legs, la représentation pourrait avoir lieu en faveur du descendant de cet enfant prédécédé[40]. En effet, si nous récapitulons l'ensemble des conditions à respecter pour que la représentation ait lieu de plein droit dans une succession testamentaire : 1) le représenté (ici, l'enfant du *de cujus*) a laissé un descendant ; 2) le représenté est prédécédé ; 3) le représenté est une personne qui peut être représentée en vertu des règles de dévolution légale (1er ordre de dévolution) ; 4) le représentant (ici, le petit-enfant du *de cujus*) a les qualités requises pour succéder ; 5) le testateur n'a pas exclu la représentation dans son testament ; 6) il s'agit d'un legs universel ; 7) le

38 Art. 749 C.c.Q.

39 Art. 666 et 667 C.c.Q. Bien entendu, dans notre exemple, le praticien doit également vérifier que le *de cujus* n'a pas laissé de conjoint et d'ascendants privilégiés. Autrement, les collatéraux privilégiés ne seraient pas davantage appelés à la succession. Art. 672 C.c.Q.

40 Il semble que ce soit également l'interprétation du professeur Auger. J. AUGER, *loc. cit.*, note 3, (pour un exemple, voir la section 4.1).

legs est en faveur de tous les enfants du testateur et, finalement, 8) les enfants du testateur auraient été appelés à sa succession s'il était décédé *ab intestat*. Dans cet exemple, le descendant de l'enfant prédécédé viendrait donc à la succession par représentation de son auteur, avec les autres enfants du défunt et sa conjointe de fait.

CONCLUSION

Si, depuis la mise en vigueur du *Code civil du Québec*, la représentation *peut* avoir lieu sans que le testateur ne l'ait stipulée, elle n'a pas *nécessairement* lieu. En effet, ce n'est que dans la mesure où chacune des huit conditions commentées précédemment sont remplies que la représentation a lieu de plein droit dans les successions testamentaires.

Bien entendu, il sera toujours plus aisé de liquider une succession si le testateur a expressément prévu ce qu'il advient en cas d'inefficacité d'une disposition testamentaire. Il doit toutefois l'avoir fait clairement car, on le devine, il peut devenir plus difficile d'interpréter une volonté mal rédigée, que d'appliquer l'article 749 C.c.Q. lorsque rien n'a été prévu par le testateur. À ce titre, la Cour d'appel a eu l'occasion de souligner, dans une décision où il était question de représentation, que « tant l'avocat du *de cujus* que la notaire impliquée ont manifestement manqué de perspicacité. Il aurait été si facile de rédiger sans ambiguïté »[41].

Concluons donc simplement en rappelant qu'il est primordial que le notaire ou l'avocat soit rigoureux et précis lorsqu'il rédige un testament, notamment lorsqu'il prévoit ce qui doit advenir en cas d'inefficacité d'une disposition testamentaire[42].

---

41 *Bourdon (Succession de)* c. *Cuirs Ted Bourdon inc. Leathers*, J.E. 2005-15, par. 10 (C.A.). Dans cette affaire, le testateur avait légué ses biens à ses frères et sœurs avec représentation alors qu'il n'avait qu'un frère et une sœur au moment de la rédaction de son testament. Des éléments intrinsèques et extrinsèques ont amené les juges à conclure que l'intention du testateur était d'avantager tous ses frères et sœurs avec représentation en faveur de leurs enfants.

42 Par exemple, la Cour d'appel a refusé d'assimiler le « décès » ou le « prédécès » du légataire à sa « renonciation » dans un legs en sous-ordre qui prévoyait : « Au cas où mon légataire universel me prédécéderait ou décéderait en même temps que moi, ou dans les trente jours suivant mon décès, alors je donne et lègue l'universalité de mes biens meubles et immeubles à mes enfants que j'institue mes légataires universels. » *Thibert* c. *Levac*, [1990] R.L. 493 (C.A.).

BREFS PROPOS EN L'AIR SUR LES AVATARS DE LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

Jean PINEAU*

* Professeur émérite de l'Université de Montréal.

Participer – même modestement – à l'hommage que la communauté juridique tient à rendre à Monsieur Roger Comtois, est pour moi un plaisir dont je ne saurais me priver. Connaissant le récipiendaire de ces Mélanges depuis de nombreuses années et ayant été son adjoint pour les études supérieures durant son décanat, j'ai eu tout le loisir d'apprécier le juriste et tout autant l'homme, notamment celui qui, en autorité, sait déléguer et faire confiance à son... délégué : sous sa gouverne, point de suspicion, point d'humeur méchante, jovialité de rigueur !

J'aurais aimé remettre un texte dont le sujet aurait été proche des préoccupations du notaire qu'il fut, mais les circonstances m'ont amené à proférer quelques mots sur une question – certes de droit civil – actuellement controversée et qui ne manque pas de me... chatouiller l'entendement : responsabilité extracontractuelle « versus » responsabilité contractuelle ; le débat ne cesse de reprendre.

D'où ces quelques propos sur le sujet, dont la brièveté est probablement la marque de la lassitude, lassitude... juridique qui semble n'avoir aucune prise sur celui qui est ici honoré !

*

*   *

Il fut un temps, au Québec, où la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle était reine, même lorsque le préjudice résultait de l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle : la faute commise dans ce contexte était souvent assimilée à un quasi délit et entraînait, en conséquence, la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle telle qu'énoncée par l'article 1053 C.c.B.-C. Ainsi, considérait-on que le transporteur auteur d'un accident était tenu délictuellement ou quasi délictuellement responsable vis-à-vis du passager tué ou blessé ; que le médecin était tenu, sur ce même terrain, responsable de sa faute qui avait entraîné la mort de son patient ou l'aggravation de son état : à toutes fins pratiques, on niait, alors, l'existence même d'un contrat entre le transporteur et son passager ou entre le médecin et son patient : partout, on « voyait » du délit ! De même, on ignorait l'existence d'un contrat entre un centre d'équitation et le cavalier qui recevait une ruade du cheval vicieux qu'il avait loué, pour retenir la responsabilité quasi délictuelle du centre sur la base de l'article 1055 C.c.B.-C. En d'autres termes, le champ d'action de la responsabilité délictuelle était étendu de façon telle que le champ contractuel en était d'autant restreint, ou que même la relation contractuelle en tant que telle était tenue pour inexistante.

Puis, vint le temps où les tribunaux se mirent à percevoir ce rapport contractuel entre le transporteur et son passager, le médecin et son patient, le centre équestre et son client. Vint aussi le temps, où l'on fit la différence entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyen[1], tant dans le contrat qu'en dehors, de même que celui où l'on adopta le schéma de la responsabilité présentée comme unitaire dans sa notion, avec cependant une dualité de régime, délictuel et contractuel[2].

Sur ces questions, le Québec suivait – avec quelques années de retard – les conceptions françaises, leur développement ; et c'est ainsi que, depuis plusieurs décennies, vont les choses, que l'on distingue le régime délictuel du régime contractuel, la responsabilité délictuelle de la responsabilité contractuelle.

Pourtant, ne voilà-t-il pas qu'assez récemment, un auteur français[3] remit en cause cette vision de la responsabilité, soutenant que la « responsabilité contractuelle » était un faux concept, qu'un débiteur en défaut n'était pas « responsable », mais qu'en vérité le créancier insatisfait ne faisait que « forcer » l'exécution, le paiement.

Compte tenu de l'autorité de cet auteur, une telle opinion n'allait pas manquer d'entretenir en France la controverse ; sans entrer dans un tel débat, on notera qu'en fait ce que beaucoup d'auteurs français déplorent, ce n'est pas tant la fausseté du concept que l'élargissement du contenu du contrat dans lequel on loge des obligations qui normalement ne relèveraient pas du contrat envisagé : c'est donc l'anormale étendue du champ contractuel qui est critiquée, ce que l'on a appelé le « forçage du contrat »[4]. On constate, alors, qu'à l'envahissement du terrain contractuel par le champ

---

1 Voir Paul-André CRÉPEAU, *L'intensité de l'obligation juridique*, Montréal, Cowansville, C.R.D.P.C., Éditions Yvon Blais, 1989.

2 Voir Jean PINEAU, Danielle BURMAN et Serge GAUDET, *Théorie des obligations*, 4e éd., par J. Pineau et S. Gaudet, Montréal, Éditions Thémis, 2001, nos 444 et suiv. et les références aux notes 1517 et suiv.

3 Philippe RÉMY, « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *Rev. trim. dr. civ.* 1997.323.

4 Voir Laurence LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *Rev. trim. dr. civ.* 1998.838 ; également Éric SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *Rev. trim. dr. civ.* 1999.1 ; Geneviève VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », dans *Études offertes à Jacques Ghestin : Le contrat au début du XXIe siècle*, Paris, L.G.D.J., 2001, p. 920-947 ; Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, Paris, P.U.F., 2004, no 224, p. 598 et suiv.

délictuel, a succédé l'envahissement du terrain délictuel par le champ contractuel.

Il est vrai que la jurisprudence française est allée fort loin dans le contenu de certains contrats : ainsi a-t-il été jugé, par exemple, que le transporteur par chemin de fer était responsable contractuellement du préjudice subi par le passager dans l'enceinte de la gare aussi bien qu'au cours du transport même ; que le médecin était responsable contractuellement à l'égard du patient, non seulement de l'acte médical fautif, mais encore du préjudice subi par lui lorsqu'il est victime d'une chute en descendant de la table bancale d'examen médical ! C'est, pour certains, pousser loin le territoire du contrat... surtout dans le cas d'une mésaventure en gare !

Certains auteurs ont aussi reproché à la jurisprudence française d'avoir planté dans le champ contractuel une obligation de sécurité, comme d'ailleurs une obligation de renseignement, qui dépasseraient le contenu contractuel, sous le prétexte qu'elles relèveraient, l'une et l'autre, du devoir extracontractuel de se comporter de façon prudente et raisonnable qui est le propre de la « responsabilité civile du droit commun »[5]. On renverrait donc sur le terrain délictuel ou extracontractuel ces obligations, alors que tant d'efforts ont été nécessaires pour qu'elles soient admises aisément par la jurisprudence sur le terrain contractuel. Là encore, on peut observer le retour du pendule : le juriste d'aujourd'hui passerait-il son temps à brûler ce que le juriste d'hier a adoré ou plus précisément, à détruire ce que son prédécesseur s'est ingénié à construire ? Doit-on voir comme un progrès, au 21e siècle, le retour à ce qui était enseigné au 19e siècle ? Pourtant, beaucoup de justiciables ont bénéficié des travaux de la doctrine, consacrés par la jurisprudence du 20e siècle, cette jurisprudence que la doctrine d'aujourd'hui semble parfois condamner.

S'il est vrai qu'il y a eu, en certains cas, « forçage du contrat » en France, on ne peut guère soutenir qu'au Québec s'est produit le même phénomène : on a pris, en effet, beaucoup de temps, ici, à se départir de l'envahissement de la responsabilité délictuelle et à donner au contrat la place qui lui revenait, pour que le « forçage » puisse s'installer dans la jurisprudence ; aussi, ne peut-on se plaindre d'un fléau quelconque à cet égard. Et parce que le « système » tel qu'appliqué, ces dernières années, par les tribunaux fonctionnait sans grand problème pour les justiciables québécois, l'Assemblée nationale allait le consacrer législativement dans le nouveau

5 *Supra*, note 4.

Code civil : unité de la notion de responsabilité, dualité de régimes, consécration du refus de la possibilité d'opter pour le régime extracontractuel dès lors que le préjudice résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle (art. 1457, 1458 C.c.Q.), contrariant ainsi un arrêt relativement récent de la Cour suprême du Canada, qui n'avait pas fait l'unanimité[6].

Pourtant cette politique législative québécoise n'allait pas manquer d'être critiquée par une certaine doctrine. Plus encore, un auteur nous paraît actuellement remettre en cause la question de la dualité des régimes en soutenant que les présomptions de responsabilité du régime extracontractuel doivent jouer dans le domaine du contrat[7].

Que peut-on répondre à ces critiques négatives adressées à la politique législative consacrée par le nouveau Code civil du Québec, ainsi qu'à ces nouvelles interprétations qui nous paraissent remettre en cause les principes de responsabilité, qui ont été récemment adoptés par le législateur ?

I. Sur l'élargissement du contrat

Nous ne contestons pas qu'en droit français la jurisprudence est allée fort loin dans la « découverte » d'obligations vêtues du caractère contractuel, alors que visiblement il n'était guère possible de les situer dans un tel contexte : on conçoit difficilement, en effet, que, pour être tenu responsable contractuellement, un transporteur ferroviaire soit en mesure de contrôler ce qui se passe dans l'enceinte d'une gare qu'il n'exploite pas, à moins que l'on prétende que le contrat de transport de passager commence dès l'acquisition du billet de passage, ce qui devrait alors entraîner la responsabilité du transporteur non seulement pour ce qui se passe dans l'enceinte de la gare, mais encore pour tous les accidents qui ont lieu au cours du trajet du passager entre l'agence de voyage – vendeur du billet – et le train... et pourquoi pas... en passant par le domicile dudit passager ! On conçoit

6 *Wabasso Ltd.* c. *National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578 ; voir Paul-André CRÉPEAU, « L'affaire Wabasso sous les feux du droit comparé », (1982) 27 *R.D. McGill* 789 ; Pierre-Gabriel JOBIN, « Wabasso : un arrêt tristement célèbre », (1982) 27 *R.D. McGill* 813 ; J. PINEAU, D. BURMAN et S. GAUDET, *op. cit.*, note 2, n°s 444 et suiv.

7 Claude FABIEN, « Le nouveau cadre contractuel de l'exercice des professions », dans *Le défi du droit nouveau pour les professionnels*, Journées Maximilien-Caron 1994, Montréal, Éditions Thémis, 1995, p. 73, aux pages 96 et suiv.

difficilement que le médecin qui est responsable contractuellement, vis-à-vis de son patient, de l'acte médical qu'il pose, le soit également du préjudice subi par son patient à l'occasion de sa chute dans l'escalier qui le menait au cabinet du médecin. Il est alors clair qu'il s'agirait d'un « forçage du contrat », et même plus, d'une dénaturation véritable de ce contrat[8].

Cependant, pourquoi le médecin ne serait-il pas tenu responsable contractuellement du préjudice subi par son patient, causé par l'écrasement de l'escabeau censé le hisser sur la table d'examen, ou par l'écrabouillement de sa chaise dans la salle d'attente, dû à l'état du bois vermoulu ? Ces deux accidents ne sont-ils pas reliés étroitement à l'acte médical, ne se sont-ils pas déroulés dans le contexte et l'environnement immédiats de l'acte médical (l'immédiateté étant, il est vrai, dans le premier cas plus flagrante que dans le second) ? Dans le contrat conclu avec le patient, le médecin n'a-t-il pas l'obligation de s'assurer que le matériel utilisé par lui ou mis, par lui, à la disposition de ses clients, soit en bon état et en bonne condition de fonctionnement ?

En effet, pour que le médecin puisse accomplir l'acte médical, il doit, le moment venu, faire grimper son patient sur la table d'examen ; mais, préalablement, il fait... patienter ledit patient dans une salle d'attente généralement pourvue de chaises : hors ces exercices, point de salut pour le mal portant, puisque point d'acte médical possible !

---

8 Cependant, dans une affaire relativement récente, la Cour de cassation a jugé que « les pratiques religieuses des [locataires] n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel du bail et ne font naître à la charge du [locateur] aucune obligation spécifique » (Civ. 3e, 18 déc. 2002, *Rev. trim. dr. civ.* 2003.290, obs. Mestre et Fages ; *cf.* M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, note 4, no 96, p. 248). C'est dire que la Cour de cassation ne procède pas, ici, au « forçage du contrat ». En revanche, la Cour suprême du Canada a jugé qu'était contraire à la liberté de religion, un règlement de copropriété qui, interdisant toute construction ou décoration sur les balcons des appartements, n'admettait pas, en conséquence, l'installation, par les copropriétaires juifs orthodoxes, de « souccahs », petites huttes temporaires closes qu'ils doivent habiter pour se conformer à la Bible, pendant la fête religieuse juive du Succoth. On notera, cependant, que cet arrêt a été rendu par cinq juges et que les quatre autres ont exprimé leur dissidence (*Amselem* c. *Syndicat Northcrest*, [2004] 2 R.C.S. 551) et qu'il s'agit, là, d'une clause inscrite dans le contrat, qui a été jugée majoritairement contraire à la *Charte des droits et libertés de la personne* : on ne fait ici que sanctionner une clause expresse d'un contrat qui, selon les juges majoritaires, n'aurait pas dû s'y trouver.

La question qui se pose, alors, est celle de savoir où tracer la frontière entre ce qui peut être rattaché à l'obligation contractuelle et ce qui en est trop éloigné : l'escabeau, la chaise, l'escalier ! Cela nous paraît être une question de bon sens, d'une nature assez semblable à celle que l'on rencontre dans l'examen du lien de causalité, consistant à faire le partage entre la cause immédiate et la cause lointaine, seule la première pouvant être retenue pour produire des effets juridiques ; question certes difficile, mais dont le flou n'a pas fait obstacle à la trouvaille de solutions appropriées.

Ce qui nous amène à croire que tout préjudice résultant d'une cause touchant de près l'accomplissement de l'obligation contractée et qui se trouverait sous le contrôle du contractant, devrait être traité sur le plan contractuel et non point hors de ce terrain : où serait, en ce cas, le « forçage du contrat » ?

En revanche, prétendre retrancher du champ contractuel les obligations de sécurité ou de renseignement pour les placer sur le terrain extracontractuel, ne nous paraît pas tendre vers la simplicité ou plus précisément vers la simplification de la situation du justiciable.

Y a-t-il vraiment hérésie à voir dans un contrat, par exemple, une obligation de sécurité en découlant, lorsque celui-ci porte sur un engin ou un produit dangereux, ou dont la manipulation nécessite un mode d'emploi rigoureux, à défaut duquel l'engin ou le produit est susceptible de causer quelque préjudice au cocontractant[9] ? Y a-t-il hérésie à situer dans le con-

---

9 La jurisprudence française semble mettre une obligation de sécurité de résultat à la charge des cliniques (Civ. 1re, 29 juin 1999, *Rev. trim. dr. civ.* 1999.841, obs. Jourdain) ou des médecins pour le matériel utilisé (Civ. 1re, 9 nov. 1999, D. 2000.117, note Jourdain ; *cf.* Rémy CABRILLAC, *Droit des obligations*, coll. « Cours Dalloz », Paris, Dalloz, 2004, p. 108 et 109). Dans un arrêt du 21 août 2003 (*Accessoires d'auto Vipa inc.* c. *Therrien*, [2003] R.J.Q. 2390), la Cour d'appel du Québec décida « qu'il y a inclusion implicite du régime de responsabilité créé en matière extracontractuelle par les articles 1468, 1469 et 1473 C.c.Q. dans le contrat qui lie la victime au fabricant, au distributeur ou au fournisseur » (par. 36). Il s'agit d'un accident survenu dans le cadre de l'utilisation d'un engin dangereux qui avait été loué, le locataire ayant été blessé alors qu'il manipulait l'engin, aidé par une autre personne – son beau-frère –, tiers au contrat : la preuve révèle que « l'existence des fautes imputables [au beau-frère et au locataire-victime] est [...] la conséquence directe de leur ignorance des règles adéquates de sécurité [...] ignorance découl[ant] directement du manquement par [le locateur] à son obligation de sécurité [laquelle] inclut celle de renseignement »

trat une obligation de renseignement qui permet à un contractant de connaître la véritable portée de son engagement, la véritable nature de la chose qu'il achète, qu'il loue ou qu'il prête ? L'erreur, lorsqu'elle est vice de consentement, n'est-elle pas souvent le résultat d'une absence d'information convenable ? Cette obligation de renseignement, même si elle peut être antérieure à la formation du contrat, ne fait-elle pas partie intrinsèque du contrat, obligation sans l'exécution de laquelle le contrat pourrait s'avérer sans intérêt, sans utilité, vicié ? Et si l'erreur d'un contractant résulte du dol de son cocontractant, devrait-on dissocier ce dol du contrat et le traiter comme un délit, ou n'est-il pas plutôt à l'origine de l'erreur ? Nous ne voyons pas pourquoi il serait nécessaire de compliquer ce qui peut être simple : le justiciable n'y trouverait pas son compte et aurait raison de se plaindre de ces « arguties » juridiques qui ne les amuseraient pas. Dans la mesure où le traitement contractuel aboutit à un résultat logique et juste,

(par. 30 et 44). Ainsi, bien que la Cour reconnaisse l'instauration dans le Code civil d'une dualité de régime – contractuel et extracontractuel –, elle « précise » que « rien n'empêche une personne de cumuler la qualité de fabricant, de distributeur ou de fournisseur avec celle de locateur ou de vendeur » (par. 36), ce qui l'autoriserait en conséquence à décréter une « inclusion implicite », dans le contrat, de ces dispositions traitant textuellement de la réparation d'un « préjudice causé à un *tiers* par le défaut de sécurité du bien » (art. 1468, al. 1 C.c.Q.) donc responsabilité exclusivement extracontractuelle !

Il est difficile de comprendre ce langage, si l'on considère que doctrine et jurisprudence admettent, depuis longtemps, la présence d'obligations implicites de renseignement et de sécurité dans ce contrat de louage portant sur un engin dangereux, dont l'inexécution entraîne la responsabilité contractuelle du locateur, sans qu'on ait besoin d'y invoquer et d'y inclure un régime extracontractuel ! Ce qu'il faut seulement dire ou comprendre, c'est que le contenu de ces obligations de renseignement et de sécurité est, en l'occurrence, identique, que l'on soit sur les terrains contractuel ou extracontractuel. Point n'est besoin d'une « inclusion » qui pourrait laisser croire à un cumul des régimes de responsabilité, plus encore inacceptable et tout autant prohibé que l'option. En d'autres termes, à l'égard du locataire, le locateur est responsable contractuellement pour n'avoir pas rempli ses obligations (contractuelles) implicites de renseignement et de sécurité, tandis que la responsabilité extracontractuelle du beau-frère (tiers au contrat de louage) est dégagée, du fait que le « fournisseur du bien » (art. 1468, al. 2 C.c.Q.) n'a pas fourni les « indications suffisantes quant aux risques et dangers que [l'engin] comport[ait] ou quant aux moyens de s'en prémunir » (art. 1469 *in fine* C.c.Q.). Nous ne voyons pas pourquoi il faudrait soustraire de ce contrat de louage de telles obligations implicites pour les cantonner dans un régime extracontractuel ni en quoi cette soustraction pourrait contribuer à rendre une meilleure justice (le résultat étant le même), ni en quoi leur admission dans le contrat pourrait constituer un « forçage » dudit contrat.

pourquoi vouloir le modifier pour une seule satisfaction qui se voudrait intellectuelle, si toutefois elle peut être éventuellement ressentie ?

II. Sur les présomptions de responsabilité extracontractuelles

Comme nous l'avons déjà indiqué, le nouveau *Code civil du Québec* consacre, dans ses articles 1457 et 1458, la théorie désormais classique voulant que les notions de faute, de préjudice et de causalité soient identiques en matière contractuelle et extracontractuelle – unité de la notion de responsabilité –, mais voulant aussi qu'elles commandent une dualité de régimes, selon que le préjudice résulte de l'inexécution d'une obligation contractuelle ou de l'inobservation, en dehors de tout contrat, de l'obligation de se comporter de façon prudente et raisonnable, comme le ferait ce que l'on appelait, jadis, le « bon père de famille » ; ce qui autorise à dire qu'il y a, dans notre droit de la « responsabilité civile », une « responsabilité contractuelle », comme il y a une « responsabilité extracontractuelle », qui, l'une et l'autre, donnent lieu, le cas échéant, à compensation ou à réparation.

En outre, le nouveau code précise que, dans un contexte contractuel, les contractants ne peuvent « se soustraire à l'application des règles du *régime contractuel de responsabilité* pour opter en faveur de règles qui leur seraient plus profitables », en l'occurrence le régime extracontractuel.

Il est alors permis de se demander comment il peut être soutenu que les présomptions de responsabilité établies dans le cadre de la responsabilité extracontractuelle seraient susceptibles d'être invoquées dans un cadre contractuel et qu'il s'agirait d'un régime unique ! Si cela était possible, la personne blessée par un cheval « vicieux » pourrait attaquer le propriétaire du cheval sur la base de l'article 1466 C.c.Q., que ce cheval ait frappé sa victime alors qu'évadé de son enclos, il se serait rué sur elle, paisible piétonne se promenant sur un chemin public, ou qu'il l'aurait désarçonnée alors que celle-ci avait conclu un contrat avec le propriétaire d'un cercle d'équitation : le régime extracontractuel l'emporterait aussi dans la seconde hypothèse, sur le régime contractuel. Autant dire qu'on ignorerait, alors, l'existence d'un contrat portant sur le louage ou le prêt d'un cheval dans le cadre déterminé du cercle ; on « opterait » pour le régime extracontractuel, ou peut-être même, on cumulerait les deux régimes : hérésie !

De la même façon, la victime de la « ruine » d'un immeuble pourrait exiger réparation sur la base – extracontractuelle – de l'article 1467 C.c.Q., dans l'hypothèse de la chute d'un balcon, même si cette victime était liée avec le propriétaire de l'immeuble par un contrat de louage : là encore, on effacerait le contrat, on ignorerait son existence et on traiterait le locataire-victime comme le tiers-piéton de passage près de l'immeuble. Or, contrairement à ce qu'affirme cet auteur[10], s'il y a nouvelle architecture du *Code civil du Québec*, par rapport à celle du Code *civil du Bas-Canada*, c'est pour affirmer l'unité conceptuelle de la notion de responsabilité civile et la dualité des régimes, telles que prônées par la doctrine et la jurisprudence majoritaire (à l'exception de l'arrêt *Wabasso* sur l'option des régimes), répondant ainsi, comme l'écrit lui-même l'auteur, « à tous ceux qui avaient critiqué le caractère dualiste de la responsabilité et la disparité des règles... ».

Contrairement à ce qu'affirme cet auteur, le « langage des dispositions » du nouveau code civil, s'il se veut « plus contemporain », ne modifie en rien la politique législative voulue qui est établie essentiellement dans les articles 1457 et 1458 C.c.Q. Est-il permis de faire observer que les articles 1465 à 1469 sont enfermés dans un paragraphe 3, intitulé « Du fait des biens » (plutôt que « Du fait des choses ») et qu'ils ne sont que la reprise, sous une formulation un peu nouvelle, des articles correspondant du *Code civil du Bas-Canada* qui ne s'intéressait qu'à la responsabilité délictuelle ? Cette lecture exclusivement extracontractuelle des articles 1465 et suivants C.c.Q. est « une démarche (qui n') est (aucunement) suspecte » (p. 99) !

En revanche, il y a une volonté législative explicite suffisamment... explicitée pour ne pas avoir à chercher et à trouver une volonté implicite supplémentaire ; cette volonté explicite est celle-ci : dualité de régimes, refus de l'option[11]. Quant à son opportunité ou son inopportunité, la solution voulue par le législateur n'est pas plus inopportune que la solution contraire ; dès lors que l'on prône le rejet de l'option, il y a incompatibilité

---

10 *Cf.* note 7.

11 D'ailleurs, en prônant « l'incidence des présomptions légales », cet auteur ne se contredit-il pas, en insistant dans un paragraphe précédent – « primauté du contrat » –, sur le souci qu'a eu le législateur de « dénouer une impasse du droit civil québécois en matière d'option de régime de responsabilité » et sur le souci « d'uniformiser les règles des deux régimes » (p. 94) ; il faut comprendre que le législateur a eu, en vérité, le souci d'atténuer les différences entre les deux régimes et non point de les « uniformiser ».

entre la « primauté » du contrat et l'application tous azimuts des présomptions de faute ou de responsabilité telles qu'on les connaissait dans le passé, dans le cadre du régime extracontractuel.

Permettre, en effet, l'utilisation de ces présomptions des articles 1465, 1466 et 1467 C.c.Q. dans un contexte contractuel, ne signifierait pas autre chose que d'opter pour les règles extracontractuelles, alors même que, dans son alinéa 2, l'article 1458 interdit précisément la possibilité de l'option des régimes. Le législateur récidive, d'ailleurs, dans l'article 1468 C.c.Q. sur la responsabilité du fabricant d'un bien meuble, lorsqu'il dit – on ne peut plus clairement – que ce fabricant « est tenu de réparer le préjudice causé à un *tiers* par le défaut de sécurité du bien » ; le législateur indique ici que, même en dehors de tout contrat, le fabricant d'un bien meuble à l'origine d'un préjudice causé à une personne – tout à fait étrangère au fabricant – peut être tenu à réparation : comme il peut l'être dans un contexte contractuel, par application des articles 1442 ou 1730 C.c.Q. relatifs au contrat en général et particulièrement au contrat de vente. C'est bien dire que le législateur ne confond ni ne mélange les terrains contractuel et extracontractuel et qu'il n'a aucunement voulu donner, aux dispositions relatives au « fait des biens », une « portée générale ».

Quant à la présomption de responsabilité de l'article 1465 qui pèse sur le gardien de la chose (« du bien ») qui cause un préjudice, on sait que le Québec n'a jamais suivi les élucubrations de la jurisprudence française qui s'est montrée aussi mouvante que les vagues de l'océan, laissant parfois perplexe le justiciable qui, pour la suivre, a dû maîtriser ses peurs ; la jurisprudence québécoise, en exigeant le caractère autonome de la chose pour que l'article 1054 C.c.B.-C. s'appliquât, brisa l'envolée de la jurisprudence française. Cette solution parut tellement souhaitable qu'elle fut consacrée législativement dans le nouveau Code civil : l'article 1465 C.c.Q., en effet, ne s'applique pas dès lors que, derrière le fait de la chose, se cache la main de l'homme, ce qui réduit considérablement les risques de... dérapage.

On nous dit, alors, qu'il est injuste qu'une personne ayant subi un préjudice, particulièrement corporel ou moral, puisse être traitée différemment selon qu'elle est liée ou non par un contrat avec l'auteur du préjudice.

On répondra, d'une part, que les régimes d'indemnisation de préjudice corporel sont disparates depuis longtemps et qu'il n'y a guère de chance qu'ils deviennent « égalitaires » ! Il ne fait aucun doute qu'il est préférable d'être la victime d'un acte chirurgical plutôt que celle d'un acte criminel

ou d'un accident du travail ou d'un accident d'automobile... Indemnisations sans plafond ou avec plafonds qui, d'ailleurs, ne sont pas nécessairement les mêmes ! Mieux vaut aussi être victime du transporteur ferroviaire ou du transporteur aérien interne que celle d'un vol international... Les lois particulières savent multiplier les régimes sans que quiconque s'en offusque.

D'ailleurs, faut-il rappeler que, durant les travaux de la réforme du code civil, un avant-projet de loi sur les obligations avait proposé qu'un seul et même régime légal de responsabilité fût instauré pour toute victime d'un préjudice corporel ou moral et que cet avant-projet souleva un tel tollé dans la communauté juridique, qu'il dût être rapidement retiré : c'est bien dire que l'égalité de traitement pour toutes les victimes d'un tel préjudice n'apparaît pas comme étant une mesure opportune dans l'esprit de celles et ceux qui se préoccupent du contenu de la loi et qui n'oublient pas que de telles règles ne sont pas si simples que l'on voudrait l'imaginer et qu'elles ne peuvent être envisagées sans songer aux possibilités qu'offrent les assurances.

En outre, indépendamment du montant des indemnisations, qui doit dépendre de la situation de chacune des victimes, est-il certain que le recours aux présomptions du régime extracontractuel soit si favorable à la victime qu'on le prétend ? Le contrat ne peut-il pas donner naissance à une obligation de résultat dont l'inexécution ne privera le créancier d'un droit à la réparation que si le débiteur de cette obligation réussit à prouver que le défaut résulte d'un cas de force majeure ? Peut-on oublier l'existence possible de ces obligations ? Le contrat ne connaîtrait-il, par hasard, que des obligations de moyens ? Dans l'hypothèse où l'obligation contractuelle serait une obligation de moyens, devrait-on faire abstraction de la volonté des contractants et la transformer systématiquement en obligation de résultat ou de garantie ? Devrait-on alors ne plus s'interroger sur « l'intensité » de l'obligation contractuelle et vider le contrat de son contenu[12] ? C'est, en outre, une erreur de croire que le régime extracontractuel est nécessairement plus avantageux pour la victime que le régime contractuel ; dans le passé, le régime délictuel ou quasi délictuel était si peu favorable aux victimes, que, pour faire bénéficier de la présomption de responsabilité du transporteur les proches (par exemple, conjoint et enfants) de la victime d'un contrat de transport malheureusement inexécuté, la jurisprudence

12 Voir P.-A. CRÉPEAU, *op. cit.*, note 1.

française trouva, dans ce contrat, une stipulation pour autrui, en l'occurrence une stipulation du transporteur non seulement au profit de son cocontractant, le passager, mais encore au profit de ses proches ! C'est lorsque le transporteur put opposer aux proches, bénéficiaires de la stipulation pour autrui, des clauses contractuelles de limitation de responsabilité, que la jurisprudence se replia sur le terrain délictuel en permettant à ces proches de renoncer à la stipulation pour autrui et d'attaquer, en tant que tiers, le transporteur à titre de « gardien de la chose » (art. 1384 C.civ.fr.), celle-ci étant l'engin de locomotion ! On le constate, les présomptions sont favorables tantôt d'un côté, tantôt de l'autre... Elles vont ici et là, au gré des vents[13] !

Même si la politique législative adoptée ne plaît pas, devoir répondre à de telles questions nous laisse perplexe, alors que le Code civil, par ses articles 1457 et 1458, est venu clarifier un débat – que l'on aurait pu croire clos – sur la question de savoir quelle a été l'intention du législateur, tout au moins quant à la conception qu'il avait de la responsabilité.

*
* *

On le constate, le juriste-interprète ne cesse d'œuvrer et de remettre en cause des idées et des solutions qui avaient réussi à s'imposer avec des résultats qui ne s'avéraient aucunement affreux ; mais la pensée étant dans le mouvement, il est dans le vent de changer même ce qui est conçu et fonctionne correctement, et de revenir, le cas échéant, aux idées et aux solutions du passé[14]. Cet esprit de changement peut aussi être le fruit d'une mode, les modes intellectuelles sévissant – hélas – abondamment... Et comme la mode est ce qui se démode, on peut toujours espérer retrouver, un jour, une mode perdue !

---

13 On lira avec intérêt Nathalie VÉZINA, « Les articles 1459 à 1469 C.c.Q. et la responsabilité civile contractuelle : plaidoyer en faveur d'une thèse dite "restrictive" », (1996) 75 *R. du B. can.* 604, plaidoyer vibrant en faveur de ce qu'a voulu explicitement le législateur ; dans le même sens, *cf*. Jean-Louis BAUDOUIN et Patrice DESLAURIERS, *La responsabilité civile*, 5e et 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, nos 53 et suiv., 2005, nos 55 et suiv.

14 Parlant des artistes, Alberto Giacometti a dit : « À force de chercher l'originalité, ils passent à côté. À force de chercher du nouveau, ils répètent ce qui a déjà été fait » (propos rapportés dans *Balthus – Les dessins*, Paris, Adam Biro-Archimbaud, 1998). Ces mots ne pourraient-ils pas, parfois, s'appliquer également aux juristes ?

Par ailleurs, la survenance d'un nouveau Code civil peut donner lieu à toutes sortes d'interprétation, même lorsque la règle de droit se veut claire ; cependant, des modifications dans la formulation d'une règle ou un changement de structure dans la présentation d'un ensemble de dispositions ne signifient pas nécessairement que le législateur ait voulu remanier le fond : même si le renouveau d'un Code comporte « le renouvellement de l'expression juridique » et s'il est, « pour le langage du droit, un bain de jouvence »[15], il importe de rappeler que le législateur québécois n'a pas fait fi des enseignements de Portalis, pour qui « il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire : les lois doivent ménager les habitudes quand ces habitudes ne sont pas des vices »[16].

---

15 Gérard CORNU, « Codification contemporaine : valeurs et langage » , dans *Actes du colloque international de droit civil comparé*, Université de Montréal, octobre 1981, Montréal, Conseil de la langue française, 1985, p. 31, à la page 35.

16 Jean Étienne Marie PORTALIS, « Discours préliminaire », dans *Le discours et le Code, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, 2004, p. XXXII.

LA RECONNAISSANCE ET L'EXÉCUTION DES SÛRETÉS MOBILIÈRES ÉTRANGÈRES EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS : OÙ EN SOMMES-NOUS ?

Jeffrey A. TALPIS*

* Docteur en droit, notaire et professeur à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

INTRODUCTION

Reconnaissant que les insuffisances dans le domaine du droit des sûretés pouvaient avoir d'importants effets négatifs sur le système économique et financier, le législateur québécois a profondément modifié, en 1994, le droit des sûretés en droit interne et en droit international privé. Par exemple, en droit interne, les sûretés mobilières sans dépossession ont trouvé leur place dans le Code civil (art. 2696 C.c.Q.), l'hypothèque flottante a été codifiée (art. 2715 C.c.Q.) et un registre des droits personnels et mobiliers a été créé (art. 2980 C.c.Q.). C'est toutefois cette réforme qui a rendu possible celle du droit international privé[1]. C'est ainsi que dans le but de promouvoir le commerce international et de minimiser les conflits de lois, le législateur a tenté d'harmoniser les règles de conflits en matière de sûretés mobilières avec celles du *Uniform Commercial Code* (« U.C.C. ») des États-Unis et les *Personal Properce Security Act* (« P.P.S.A. ») de certaines provinces canadiennes. De plus, conscients de l'importance pour l'économie, le Québec et le Canada sont très impliqués dans les efforts tendant à l'uniformisation du droit des sûretés sur le plan international[2]. Toutefois, ces

---

1 Gérald GOLDSTEIN et Ethel GROFFIER, *Droit International privé*, t. II, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 356. Pour une étude exhaustive du droit interne, voir : John B. CLAXTON, *Security on Property and the Rights of Secured Creditors Under the Civil Code of Quebec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994 ; Pierre CIOTOLA, *Droit des sûretés*, 3e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999 ; Louis PAYETTE, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994.

2 Il faut espérer qu'éventuellement certaines conventions multilatérales seront en vigueur au Québec :

(a) La Convention de la CNUDCI sur la cession de créance dans le commerce international du 12 décembre 2001, en ligne : http ://www.uncitral.org/englis/textes/payments/ctc-assignment-convention-e.pdf. Voir Michel DESCHAMPS, « The Priority Rules of the United Nations Receivables Convention », (2002) 12 *Duke T and. Comp Int. Law* 389 ; Catherine WALSH, « Receivables Financing and the Conflict of Laws —The UNCITRAL Draft Convention on the Assignment of Receivables in International Trade », (2001) *Duke Law Rev.* 106 ;

(b) La Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, 16 novembre 2001, en ligne : Unidroit www.unidroit .org. Il y a aussi des protocoles sur les questions spécifiques aux matériaux d'équipement aéronautiques, ferroviaires et aux biens spatiaux. Voir Roy GOODE, « The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment : A Driving Force for International Asset Based Financing », (2002) 7 *Rev. dr. unif.* 3 ; R.C.C.

tentatives se sont heurtées à des obstacles législatifs et doctrinaux importants, puisque les sûretés sont profondément ancrées dans l'évolution historique du droit de propriété d'un État. C'est pour cela que nous sommes loin de la circulation internationale d'une sûreté mobilière. Dans l'attente de solutions uniformes, ce sont les tribunaux, la doctrine et les praticiens qui doivent fournir les solutions sur la base des objectifs généraux et particuliers du droit international privé québécois.

Le but du présent texte est de faire le point, 13 ans après l'entrée en vigueur du nouveau Code civil, sur la thèse déjà avancée[3], à savoir que la volonté du législateur était d'adopter pour le concept de la « sûreté » en droit international privé québécois une définition « élargie » par rapport au droit interne québécois. L'une des conséquences de cette approche est que

---

CUMMINGS, « Hot Issues in the Development of the Draft Convention on International Interests in Mobile Equipment and the (Draft) Aircraft Equipment Protocol », (2000) 34 *International Lawyer* 1093 ; Michel DESCHAMPS, « Les règles de priorité de la Convention et du Protocole du Cap », (2002) 7 *Rev. dr. unif.* 17 ;

(c) La Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur les titres détenus auprès d'un intermédiaire du 13 décembre 2002 ;

(d) Il y a aussi des travaux en cours sous les auspices de la CNUDCI (Groupe de travail VI) sur les sûretés en vue d'une loi modèle ; et

(e) La Conférence interaméricaine spécialisée en droit international privé a adopté une loi type sur le droit des sûretés mobilières visant à harmoniser cette sphère de droit à l'échelle des Amériques (CIDIP VI).

Voir Antoine LEDUC, « Développements en matière d'harmonisation du droit des sûretés réelles mobilières à l'échelle des Amériques », (2000) 103 *R. du N.* 250 ; Neil B. COHEN, « Harmonizing the Law Governing Secured Credit : The Next Frontier », (1998) 33 *Tex. Int. L.J.* 173.

3 Jeffrey A. TALPIS et Constantine TROULIS, « Conflict of Laws under the Civil Code of Quebec Relating to Security », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents sur l'hypothèque*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 187 ; Jeffrey A. TALPIS, « Recognition of Non-Possessory Security Interests in Quebec Private International Law », (1977) 8 *R.D.U.S.* 166 ; Jeffrey A. TALPIS et Jean-Gabriel CASTEL, « Interprétation des règles du droit international privé », dans *La réforme du Code civil*, t. 3, Ste-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 807, aux pages 861 et 862 ; Jeffrey A. TALPIS et Gérald GOLDSTEIN, « Analyse critique de l'avant-projet de loi du Québec en droit international privé », (1988) 91 *R. du N.* 606, 642. Voir aussi Michel CYR, *Exécution au Québec des sûretés représentant des liens avec plus d'une juridiction canadienne dans le contexte d'une faillite*, mémoire de maîtrise, Montréal, Université de Montréal, mars 2007, p. 100 et suiv. (non publié).

la présomption d'hypothèque, qui n'existe pas en droit interne québécois[4], s'applique, dans une certaine mesure, en droit international privé québécois.

Avant de procéder à la démonstration de cette thèse, une brève comparaison de la diversité dans les « sûretés mobilières » (*security interests*) entre les juridictions de P.P.S.A. et de U.C.C. et le *Code civil du Québec* s'impose afin d'examiner les conflits de lois qui pourraient surgir.

I. *SECURITY INTEREST* SELON LES P.P.S.A., L'U.C.C. ET L'HYPOTHÈQUE ET LES QUASI-SÛRETÉS DU C.C.Q.[5]

Selon les P.P.S.A., toute transaction créant un intérêt « in personal property » afin de garantir le paiement d'une dette ou l'exécution d'une obligation est un « security interest », quelles que soient sa forme ou la personne qui détient la propriété du bien grevé.

À titre d'exemple, selon le P.P.S.A. du Nouveau-Brunswick : « Any interest in personal property that secures payment or performance of an

---

4 Contrairement à ce qui fut proposé dans le *Rapport sur le Code civil du Québec*, il n'existe pas, en droit québécois, de présomption d'hypothèque. Cette présomption aurait fait en sorte de donner naissance à une hypothèque chaque fois qu'un contrat aurait eu pour effet de créer un droit réel dans un bien afin d'assurer l'exécution d'une obligation. Elisa HENRY, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 5 et suiv. ; *Projet de Code civil portant sur les biens*, t. 1, O.R.C.C., Éditeur Huard du Québec, 1978, art. 281-285. Voir aussi Roderick A. MACDONALD, « La présomption d'hypothèque et le principe de l'essence de l'opération », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, coll. « Bleue », Montréal, Wilson & Lafleur, p. 551, à la page 562 ; J.A. TALPIS et C. TROULIS, *loc. cit.*, note 3 ; Aline GRENON, « Major Differences between PPSA Legislation and Security over Movables in Quebec under the New Civil Code », (1996) *Can. Bus. L.J.* 391. Voir la discussion dans l'arrêt *Angelina Mervis* c. *Banque Royale du Canada*, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.).

5 Michel DESCHAMPS, « Conflict of Laws Rules Relative to Security Interest, Comparison between the PPSA's and the Quebec Civil Code », texte dans une conférence prononcée le 25 mai 2001, National Judicial Institute Law Seminar, Vancouver ; J.A. TALPIS et C. TROULIS, *loc. cit.*, note 3 ; A. GRENON, *loc. cit.*, note 4. Voir aussi M. BOODMAN, « The Nature and Diversity of Personal Property Security Systems in Canada », (1992) 23 *R.G.D.* 109-136 ; R.C.C. CUMMINGS, « La réglementation internationale de certains aspects des sûretés grevant le matériel susceptible d'être déplacé d'un État dans un autre », (1990) 1 *Rev. dr. unif.* 62-106.

obligation is a security interest, without consideration as to the form or the person holding title to the collateral. »[6]

Selon cette définition, la réserve de propriété contenue dans un contrat de vente à tempérament ou un bail commercial pourrait être un « security interest », nonobstant le fait que le débiteur ne détienne pas le titre du bien grevé.

---

6 S.N.B., c. P-7.1, art. 3(1). Les P.P.S.A. sont aussi en vigueur dans neuf provinces canadiennes et dans trois territoires canadiens. Bien qu'ils ne soient pas identiques, ils le sont sur la présomption d'hypothèque. En Ontario, la *Loi sur les sûretés mobilières*, R.S.O. 1990, c. P.10, art. 2 prévoit :

Sous réserve du paragraphe 4(1), la présente loi s'applique :

(a) à l'opération qui, quels que soient sa forme et le propriétaire du bien grevé, constitue dans son essence une sûreté, notamment :

(i) une hypothèque mobilière, une vente conditionnelle, un nantissement de matériel, une débenture, une charge flottante, un gage, un acte de fiducie ou une quittance de fiducie ;

(ii) une cession, une location à bail ou une consignation qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation ;

(b) à la cession d'un compte ou d'un acte mobilier, même si la cession peut ne pas garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation.

Quant aux autres lois, voir au Manitoba : R.S.M., c. P-35 ; en Nouvelle-Écosse : S.N.S. 1995-96, c. 13 ; à l'Île-du-Prince-Édouard : S.P.E.I., c. P-3.1 ; à Terre-Neuve : S.N.L. 1998, c. P-7.1 ; en Alberta : R.S.A. 2000, c. P-7 ; en Colombie-Britannique : R.S.B.C. 1996, c. 359 ; en Saskatchewan : S.S. 1993, c. P-2 ; dans les Territoires du Nord-Ouest : S.N.W.T. 1994, c. 8 ; au Yukon : R.S.Y. 2002, c. 169 ; au Nunavut : *Nunavut Act*, 1993, c. 28, art. 29.

L'origine de cette approche fonctionnelle est l'article 9-102 U.C.C. des États-Unis. L'ancienne version prévoyait :

Except as otherwise provided in Section 9-104 on excluded transactions, this Article applies to any transaction (regardless of its form) which is intended to create a security interest in personal property or fixtures including goods, documents, instruments, general intangibles, chattel paper or accounts; and also

to any sale of accounts or chattel paper.

This Article applies to security interests created by contract including pledge, assignment, chattel mortgage, chattel trust, trust deed, factor's lien, equipment trust, conditional sale, trust receipt, other lien or title retention contract and lease or consignment intended as security. This Article does not apply to statutory liens except as provided in Section 9-310.

The application of this Article to a security interest in a secured obligation is not affected by the fact that the obligation is itself secured by a transaction or interest to which this Article does not apply.

La nouvelle version de l'article 9 qui est en vigueur dans tous les États-Unis depuis le 1er juillet 2001 supprime la référence à l'intention du débiteur. Elle s'applique à une « transaction regardless of its form that creates a security interest by contract ».

Voir aussi Jean-Gabriel CASTEL, *Canadian Conflict of Laws*, 4e éd., Toronto, Butterworths, 1993, p. 441-454 ; M. CYR, *op. cit.*, note 3, p. 113-123.

Soulignons que cette notion de « sûreté » permet la reconnaissance comme sûretés de nouvelles techniques garantissant l'exécution des obligations, s'assurant ainsi le développement et l'adaptation des sûretés aux besoins du commerce moderne.

Généralement, deux conditions doivent être remplies pour qu'une transaction crée une sûreté en vertu du P.P.S.A. Premièrement, la transaction doit créer un intérêt dans un bien personnel, mais il n'est pas nécessaire que le créancier garanti détienne le titre de propriété dans le bien faisant l'objet de la sûreté. Deuxièmement, cet intérêt doit avoir pour objet d'assurer l'exécution d'une obligation. Afin de déterminer si cette condition est remplie, le tribunal prendra en considération le rôle des parties, leur intention et les effets de la transaction laquelle est déterminée objectivement[7].

C'est l'hypothèque mobilière, sous le *Code civil du Québec*, qui constitue le droit équivalent à ce « security interest ». L'hypothèque mobilière constitue un droit réel créé par le constituant sur ses biens afin de garantir l'exécution d'une obligation (art. 2681, 2670 et 2660 C.c.Q.). De plus, il faut que l'actif constitutif indique la somme déterminée pour laquelle une hypothèque conventionnelle est consentie (art. 2689 C.c.Q.).

Dans le *Code civil du Québec*, il y a d'autres techniques de financement que l'hypothèque dans lesquelles le constituant ne détient pas le titre du bien grevé, comme c'est le cas, par exemple, de la vente conditionnelle-hypothèque, parfois appelées des « quasi-sûretés », ayant leurs propres règles. Toutefois, la différence conceptuelle entre les sûretés de P.P.S.A. et l'hypothèque du Code civil est peut-être moins significative, étant donné que plusieurs « quasi-sûretés » sont sujettes aux mêmes règles de publicité et d'exécution que celles applicables aux hypothèques[8].

Les différences majeures entre la sûreté des P.P.S.A. et l'hypothèque du droit québécois résident dans le fait que contrairement à la sûreté de P.P.S.A., il n'y a pas de « présomption d'hypothèque » en droit québécois et le constituant doit détenir la propriété du bien grevé.

---

7 Voir *Kaak* c. *Bank of Montreal*, (1980) 33 C.B.R. (n.s.) 209 ; Richard H. MCLAREN, *Secured Transactions in Personal Property in Canada*, Toronto, Carswell, 1989, p. !-27 et !-29. Toutefois, selon la nouvelle version de l'article 9 U.C.C., la référence à l'intention est supprimée.

8 M. DESCHAMPS, *loc. cit.*, note 5.

D'autres différences conceptuelles sont à souligner. Selon les P.P.S.A., le « security interest » sur un bien s'applique de plein droit au produit d'aliénation du bien grevé, ce qui n'est pas le cas selon le *Code civil du Québec*, sauf quelques exceptions (art. 2674 C.c.Q.). Toutefois, la différence entre les deux systèmes de droit est généralement évitée par l'inclusion dans la désignation du bien grevé du produit d'aliénation de celui-ci[9].

De plus, selon les P.P.S.A. et le Code civil, c'est le mécanisme de « perfection » ou celui de la publication par un avis au registre approprié qui rend la sûreté mobilière (*security interest*), hypothèque ou quasi-sûreté opposable aux tiers. Il en est de même pour la possession du bien grevé par le créancier garanti ou par quelqu'un pour lui (gage ou « pledge »). Toutefois, les biens pouvant faire l'objet d'une telle possession sont moins nombreux selon les P.P.S.A. que selon le *Code civil du Québec*.

Enfin, il y a des différences entre les P.P.S.A. et le C.c.Q. sur les recours et la manière d'exercer ceux-ci qui sont susceptibles de générer des conflits de lois. Généralement, les recours pour le créancier garanti sont similaires. Celui-ci peut prendre possession du bien et l'administrer, le vendre ou le prendre en paiement de la dette. Toutefois, il y a plus de restrictions selon le C.c.Q. pour l'hypothèque et les quasi-sûretés que selon les P.P.S.A.[10] À titre d'exemples, mentionnons que :

- Selon le C.c.Q., à défaut du consentement du débiteur, le titulaire d'une hypothèque a besoin de l'autorisation du tribunal pour prendre possession, ce qui n'est pas le cas selon les P.P.S.A.
- Dans les P.P.S.A., contrairement au C.c.Q., il y a plusieurs cas où le créancier n'a pas besoin de donner un avis préalable s'il veut prendre possession ou aliéner le bien grevé.
- Selon le C.c.Q., contrairement aux P.P.S.A., la prise en paiement du bien éteint la dette (art. 2782 C.c.Q.).

Évidemment, il y a d'autres types de sûretés inconnues du droit québécois en Europe et ailleurs dans le monde. Comment régler alors les conflits de lois découlant de cette diversité ?

Le cœur des solutions dépend de la définition que l'on devrait donner au terme « sûreté » dans le droit international privé québécois.

---

9 *Id*.

10 *Id*.

II. « SÛRETÉS » POUR LES FINS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ QUÉBÉCOIS

A. L'internationalisme du nouveau *Code civil du Québec*

Afin de mieux apprécier la thèse avancée, un bref rappel du contexte général d'ouverture aux situations internationales dans le nouveau droit international privé québécois s'impose.

Avant la réforme du *Code civil du Québec*, les règles de droit international privé visaient en quelque sorte à ignorer le droit étranger, favorisant ainsi l'application de la loi du for :

- application fréquente de la présomption d'identité ;
- application de la *lex fori* en matière de responsabilité civile et de prescription ;
- large éventail de critères de compétence, sans litispendance ou *forum non conveniens* ;
- révision au fond des décisions étrangères, etc.

Lorsque le nouveau *Code civil du Québec* est entré en vigueur le 1er janvier 1994, son livre traitant du droit international privé était l'un de ceux qui différaient le plus du *Code civil du Bas Canada*. En effet, l'un des grands principes sous-jacents au nouveau droit international privé québécois est la faveur accordée à l'internationalisme, reflétant ainsi une orientation voulue vers une ouverture aux relations internationales. Ceci s'exprime de multiples façons.

De par ses sources, le nouveau droit international privé québécois s'est fortement inspiré des législations étrangères en ce domaine (les droits suisse, allemand et autrichien ont été examinés de près) et des conventions internationales, notamment celles de la Conférence de La Haye, afin d'harmoniser le droit québécois avec celui des autres pays participant pleinement aux échanges internationaux et à la libre circulation des personnes et des biens

De part la quantité et la structure de ses règles (près de 90 articles réunis au livre final du Code civil, contre une dizaine de règles éparpillées dans l'ancien Code), il apparaît clairement que le droit québécois a opté pour une franche revitalisation de son système juridique et pour une approche consciemment internationaliste.

De par le contenu de ses règles, enfin, on peut affirmer par de multiples exemples que l'esprit de méfiance envers les systèmes juridiques étrangers sous-entendu dans l'ancien Code civil ne correspond absolument plus aux prémisses du droit nouveau.

Au plan des principes, on peut noter que les règles du droit international privé québécois accordent une place primordiale au principe de proximité – principe voulant qu'un rapport de droit soit régi par la loi du lieu avec lequel il a les liens les plus étroits et qu'un litige soit tranché autant que possible dans le for le plus proche. Cette approche est résolument ouverte à l'international, puisqu'elle est l'opposé même d'un courant tendant à appliquer sa propre loi (*homeward trend*). L'article 3081 C.c.Q. reprend l'exception traditionnelle d'ordre public, mais précise bien qu'elle ne doit intervenir pour écarter la loi étrangère que si son résultat est manifestement incompatible avec l'ordre public « tel qu'il est entendu dans les relations internationales » (formulation encore plus restrictive que celle consacrée dans les Conventions de La Haye). Parfois, le tribunal pourra même prêter main-forte et donner effet à une disposition impérative de la loi d'un État étranger avec lequel la situation présente un lien étroit (art. 3079 C.c.Q.).

Afin de s'assurer de l'application du droit étranger quand celui-ci est indiqué, on a autorisé le tribunal à prendre connaissance d'office du droit étranger, pourvu qu'il ait été allégué (art. 2809(1) C.c.Q.). La preuve de la loi étrangère peut se faire par un certificat écrit (certificat d'un jurisconsulte, art. 2809(2) C.c.Q.) et on a supprimé l'exigence de la légalisation des écrits publics ou privés passés à l'étranger (art. 2822 et suiv. C.c.Q.).

En matière de compétence internationale des tribunaux québécois, l'introduction de la doctrine du *forum non conveniens* et de la défense de litispendance sont venues assouplir les nouvelles règles et en modifier le sens dans le but d'éviter la multiplication des litiges et de combattre le *forum shopping* au Québec.

Au plan de la reconnaissance des décisions étrangères, le grand saut en avant vers l'internationalisme est reflété essentiellement par l'admission du principe dit du « miroir » (art. 3164 C.c.Q.). En effet, on admet en principe la compétence du tribunal étranger, lorsque dans les mêmes circonstances un tribunal québécois se serait déclaré compétent (juridiction).

La révision au fond est formellement interdite (art. 3158 C.c.Q.), de même que le contrôle de la loi appliquée au fond par le tribunal étranger (art. 3157 C.c.Q.). On a adopté la même formule restrictive de l'ordre public et on a supprimé l'article 180.1 du *Code de procédure civile*, qui autorisait

le tribunal à refuser de reconnaître un jugement étranger simplement parce que le tribunal étranger n'avait pas appliqué une règle de droit dont l'application était impérative au Québec. En matière de divorce, l'article 3167 C.c.Q. admet un « renvoi de compétence », chose assez rare pour un État de droit civil. On reconnaît, par réciprocité, les décisions rendues en matière fiscale étrangère (art. 3162 C.c.Q.). On a simplifié la procédure pour la demande en reconnaissance ou en exécution d'une décision étrangère (requête plutôt qu'une action en vertu de l'article 785 C.p.c.), etc.

Enfin, on retrouve dans de nombreuses décisions des déclarations faisant état de cette orientation et qui invoquent la courtoisie internationale. En conclusion sur ce point, tous ces exemples démontrent indubitablement, à notre avis, que la conception nouvelle du droit international privé québécois est résolument ouverte aux situations internationales.

Discutons maintenant des solutions que cette nouvelle orientation de notre droit impose en matière de sûretés.

B. Définition de « sûreté » selon le droit international privé québécois

Il n'y a pas de définition propre aux sûretés pour les fins du droit international privé québécois dans le Code civil. Même si certaines conventions internationales adoptent une définition élargie de « sûreté », propre au droit international privé pour la sûreté sur certains biens, telles celles pour les aéronefs[11] et certains équipements mobiles[12], elles ne sont pas en vigueur au Québec.

---

11 Convention de Genève du 19 juin 1948 relative à la reconnaissance internationale des droits sur les aéronefs, en ligne : www.iasl.mcgill.ca/airlaw/private/other/geneva 1948.fr.pdf. La Convention prévoit à l'article 1(d) la reconnaissance de « l'hypothèque, le "mortgage" ou tout droit similaire » sur des aéronefs créés conventionnellement en garantie du paiement d'une dette, à condition que les droits soient constitués conformément à la loi de l'État où l'aéronef est immatriculé lors de sa constitution, etc. Elle est en vigueur en Nouvelle-Écosse : *Security Interest Act*, S.N.S. 1988, c. 3. Voir J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 6 ; Jean-Gabriel CASTEL et Janet WALKER, *Canadian Conflict of Laws*, 5e éd., Toronto, Butterworths, feuilles mobiles, nos 24.3g et 24.3h. Voir aussi : *Canada* c. *Galaxias*, [1989] 1 C.F. 375 ; *Metaxas* c. *Galaxias*, [1989] 1 C.F. 386.

12 Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, précitée, note 2.

Il est reconnu partout que la définition de la catégorie de la règle de conflit devrait être analysée selon la loi du tribunal saisi. Cependant, à moins d'accepter la vue insulaire niant la reconnaissance d'une institution inconnue du for, la catégorie pour les fins du droit international privé doit être plus large que celle du droit interne.

L'intention du législateur québécois de poursuivre cette approche n'était pas évidente dans l'avant-projet de droit international privé de 1988, ce qui a amené l'auteur du présent texte et le professeur Goldstein à apporter la critique suivante :

> De plus, et c'est une critique majeure que l'on peut porter à l'Avant-projet – ses catégories de rattachement ne sont pas suffisamment internationalisées. Ainsi, la « fiducie », l'« hypothèque mobilière » et l'administrateur du bien d'autrui sont des catégories trop localisées et trop étroites.
>
> On oublie que le droit international privé n'est pas strictement le reflet des institutions internes au plan international. L'élargissement des catégories de rattachement internes doit permettre la qualification des institutions étrangères.[13]

Il faut croire que le législateur a tenu compte de ces commentaires dans le *Code civil du Québec*, car ladite expression « hypothèque mobilière » a été remplacée par « sûreté mobilière ».

Il faut croire aussi que la modification a été faite afin de permettre la qualification comme « sûretés » des techniques de financement connues comme sûretés dans les juridictions de common law, mais non reconnues comme telles en droit québécois interne si elles sont validement créées selon la loi étrangère compétente[14].

De toute façon, les tribunaux québécois ont déjà employé cette technique d'élargissement des catégories du droit international privé pour améliorer le fonctionnement de la règle de conflit, par exemple, en élargissant la catégorie de statut personnel pour y inclure la responsabilité d'un parent pour le quasi-délit de son enfant, bien qu'en droit interne, il s'agisse d'une

---

13 J.A. TALPIS et G. GOLDSTEIN, *loc. cit.*, note 3, 642.

14 Dans le même sens, Louis DUMONT, « Conflits de lois en matière de sûretés », dans *Conférence Insight*, 23 septembre 2003, p. 15 : « Comme nous l'avons vu, l'absence de définition au terme "sûreté" dans le C.c.Q. n'empêche pas de comprendre comme notion globale qui l'inclut dans tous les équivalents quasi-sûretés québécois. »

question de responsabilité civile[15], ou en élargissant le concept du régime matrimonial[16] afin d'y inclure la redistribution équitable dans des juridictions de common law, même si ces juridictions ne connaissent pas cette institution du régime matrimonial. Cette approche est tout à fait normale en droit international privé parce que : « Conflict rules must be interpreted sub specie orbis—from a cosmopolitan or worldwide point of view—that is, in such a way which may be based on concepts of the law of the forum. »[17]

Par conséquent, à moins d'une volonté expresse ou implicite du législateur de n'employer qu'une seule définition, celle pour les fins du droit domestique dans une loi particulière (par exemple un statut P.P.S.A.), la qualification *lege fori* doit être faite dans une optique cosmopolite.

Cet approche a aussi été retenue par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *In the Matter of the Receivership of TCT Logistics Inc. and Related Companies and In the Matter of the Bankruptcy of Tri-Line Expressways Ltd*.[18] À la question suivante :

> Do the choice of law provisions found in s 7(1) of the PPSA of Ontario apply in circumstances where under the Act the instrument in question is not a security interest? In other words must there be a security interest under Ontario law before the choice of law provisions apply ?

la Cour répondait :

> Where section 7(1) is concerned the first consideration is not to determine whether the transaction under review created a security interest

---

15 *Gauthier* c. *Bergeron*, [1973] C.A. 77.

16 *J.L.P.* c. *D.E.M.*, [1985] R.D.J. 247 (C.A.) ; *J.S.H.* c. *B.B.F.*, J.E. 2001-104 (C.S.). Cette approche est aussi utilisée ailleurs. En France, la Cour de cassation a qualifié l'aliénation mentale pour l'incapacité comme appartenant au statut personnel, même si en droit interne français il s'agit d'un vice de consentement (Reg. Dec. 26, 1934, 63 Clunet 166 (1936)). Aux États-Unis, le *Second Restatement* reconnaît clairement les définitions différentes en droit domestique et international : « When the same legal term appears both in the local law of a state and in its choice of law rules, the meaning which has been given the term or concept in local law does not determine the meaning to be given the term or concept in choice of law. » *Comment*, *Restatement (Second) of Conflict of Laws* (1971).

17 V. ALLAROUSSE, « A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law » , (1991) 23 *Case W. Res. J. Int'l L.* 479, 502.

18 (2004) 70 O.R. (3d) 321.

> as defined in the Ontario PPSA. It is to determine whether the dispute gives rise to a question regarding the validity, perfection, or effect or non perfection of a security interest in the relevant type of equipment or inventory, and if it does, then to apply the choice of law provisions to determine the proper law governing the resolution of that dispute. In this context « security interest » is not confined to security interest as defined in the Ontario PPSA.

Partant de cette idée que la catégorie juridique de « sûreté » n'est pas celle du for, mais de son droit international privé, nous nous permettons de suggérer la définition suivante de « sûreté » pour les fins du droit international privé :

> Tout intérêt ou droit réel sur un bien créé par convention ou par la loi, qui garantit le paiement d'une dette ou l'exécution d'une obligation conférant à son titulaire un droit de préférence ou de priorité à l'égard des autres créanciers du débiteur.

Selon la définition proposée, dans une situation présentant les éléments étrangers, non seulement les hypothèques et les quasi-sûretés du droit interne québécois, telles que la vente à tempérament (art. 1745 et suiv. C.c.Q.), la vente avec faculté de rachat (art. 1750 et suiv. C.c.Q.), le crédit-bail (art. 1842 et suiv. C.c.Q.) ou la fiducie (art. 1263 C.c.Q.), mais aussi les « security interests » des P.P.S.A. (où le constituant n'est pas propriétaire) relèvent de la catégorie juridique des « sûretés » pour les fins du droit international privé. Comme l'exprime maître Michel Deschamps :

> Cette approche fonctionnelle a aussi l'avantage de fournir une règle de conflit unique lorsqu'il s'agit de choisir la loi applicable à des réclamations concurrentes d'un créancier hypothécaire et du détenteur d'une quasi-sûreté. Ceci entraînerait également une meilleure harmonisation avec les autres systèmes juridiques de l'Amérique du Nord.[19]

Il faut évidemment exclure de la catégorie « sûreté » toute transaction qui ne crée que des droits personnels, même si l'enjeu est le sort du bien.

---

19 Michel DESCHAMPS, « Les règles de conflits de lois en matière de sûretés », dans INSTITUT NATIONAL DE LA MAGISTRATURE, *Colloque sur le droit civil*, Vancouver, 23-25 mai 1991, p. 14 et 15 (non publié). L'approche ainsi avancée va dans le même sens que celle de la Cour d'appel dans l'affaire *Massouris et Honda Canada Finance Inc. (Re) (Syndic de)*, REJB 2002-30151 (j. Baudouin) (C.A.).

III. Loi(s) régissant la validité de la sûreté conventionnelle

A. L'acte juridique créant les obligations

À la base de toute opération de garantie consensuelle, il existe une relation juridique principale (prêt, vente, bail, etc.). Le contrat principal est régi par la loi applicable selon les articles 3111 et suiv. C.c.Q. La garantie est l'accessoire de ce contrat principal. Si le contrat principal n'est pas valable selon sa loi compétente, la garantie est sans effet[20].

B. Règles de conflit applicables à la validité de la sûreté mobilière

Les sûretés mobilières sont régies par les articles 3102 à 3106 C.c.Q., lesquels s'inspirent de l'ancienne version de l'article 9-102 du *Uniform Commercial Code* des États-Unis d'Amérique, du *Uniform Personal Property Security Act* et de la législation en vigueur dans certaines provinces du Canada.

Outre la difficulté de qualifier le type de biens à être grevés afin d'appliquer soit l'article 3102 ou l'article 3105 du Code civil, la détermination de la loi applicable est relativement simple pour la plupart des biens.

Quelle que soit la règle de conflit applicable, il n'y a pas de distinction à faire entre les questions de la validité de la sûreté entre les parties ou vis-à-vis des tiers[21].

1. Meubles visés par l'article 3102 C.c.Q.

Pour la sûreté qui grève un meuble corporel qui n'est pas ordinairement utilisé dans plusieurs États, celle qui grève un meuble incorporel constaté par un titre au porteur et celle publiée par la détention du titre

---

20 Voir J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc. cit.*, note 3, n° 237 ; J.A. TALPIS et C. TROULIS, *loc. cit.*, note 3, 198, n°s 323-325 ; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, note 1, p. 360 pour une discussion du problème d'un contrat de vente d'un vendeur d'Ontario à un consommateur résident au Québec où une hypothèque sans dépossession est constituée.

21 Voir G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, note 1.

qu'exerce le créancier, leur validité est régie par la *lex rei sitae* au moment de leur constitution (art. 3102 et 3105 C.c.Q.).

Pour illustrer dans le cas de la sûreté constituée sur un bien meuble corporel, sauf pour la constitution d'une sûreté sur les biens destinés ailleurs (art. 3103 C.c.Q.), on ne peut pas validement créer une P.P.S.A. « security interest » sur les biens meubles qui sont situés au Québec au moment de la constitution de la sûreté[22]. Toutefois, rien n'empêcherait la création par un contrat de prêt régi par la loi du Québec d'une P.P.S.A. « security interest » sur les biens situés en Ontario, dans la mesure où l'on respecterait les exigences de cette loi quant à la constitution d'une sûreté.

Précisons que pour les fins de l'application de l'article 3102 C.c.Q., le meuble qui est en transit au moment où la sûreté est constituée est réputé être situé dans l'État du lieu de sa destination (art. 3097(2) C.c.Q.).

a) Sûreté mobilière avec dépossession (gage) sur un bien incorporel

En droit québécois, la constitution d'une sûreté sur un bien incorporel n'est possible que si le bien est représenté par un titre dont la possession est suffisante en vertu de la loi applicable pour conférer au créancier le statut de gagiste. Dans le cas des valeurs mobilières, comme la dépossession est essentielle à la validité du gage en droit québécois, les valeurs mobilières que l'on veut mettre en gage doivent être constatées par des titres dont la remise entraînera une véritable dépossession de la part du constituant[23]. Dans ce cas, la validité de la sûreté est régie par la loi de l'État où se trouve le bien détenu par le créancier (ou par le compte du créancier). Pour les titres nominatifs (« certificated securities »), le bien est situé soit au lieu où est tenu le registre de titres de l'émetteur ou de son teneur de compte, soit dans l'État dans lequel la société émettrice a été constituée. Pour les titres ou valeurs dématérialisés pour lesquels aucun certificat n'est émis, mais dont l'émission et la détention sont seulement matérialisées par procédé informatique ou inscription électronique dans un système tenu par l'émetteur, un teneur de compte de l'émetteur ou un intermédiaire, s'ils sont des

---

22 Même si la loi régissant les aspects contractuels de la garantie ou celle régissant le contrat principal établissant les obligations du débiteur est régie par la loi du Québec (art. 3111 ou 3112 C.c.Q.).

23 Michel DESCHAMPS, « Les sûretés sur les valeurs mobilières et les conflits de lois en cette matière », texte publié par Insight, lors d'un séminaire tenu à Montréal le 23 septembre 2002, par. 2.1.3.

valeurs inscrites en compte à la Caisse canadienne de dépôt de valeurs limitée (C.D.S.), ils sont situés soit au lieu de l'établissement concerné de l'intermédiaire financier contrôlant les transactions sur ces valeurs ou à Toronto où se trouve le centre des opérations de la C.D.S. Dans la première hypothèse, la loi applicable à la validité et à l'opposabilité du gage serait alors la loi de la juridiction où se trouve cet établissement ; dans la deuxième hypothèse, ces questions sont régies par la loi de l'Ontario[24].

b) Sûreté mobilière sans dépossession sur un bien incorporel

La loi du lieu du domicile du constituant (art. 3105 C.c.Q.) régit la validité et l'opposabilité d'une sûreté sur les titres nominatifs ou sur les titres dématérialisés pour lesquels aucun certificat n'est émis, mais dont l'émission et la détention sont seulement matérialisées par procédé informatique ou inscription électronique dans un système tenu par l'émetteur, un teneur de compte de l'émetteur ou un intermédiaire.

Ce rattachement pour les titres dématérialisés (« uncertified securities »)[25], pour la sûreté mobilière sur des valeurs mobilières avec ou sans dépossession, est inapproprié compte tenu des pratiques courantes, ce qui explique une volonté d'adopter un meilleur rattachement, par exemple au lieu de situation de l'intermédiaire pertinent[26]. En attendant une modification législative, un tribunal pourrait appliquer cette loi par la clause échappatoire (art. 3082 C.c.Q.) si les conditions sont présentes, ce qui est douteux, étant donné que le domicile du propriétaire n'est pas un lien éloigné.

---

24 *Id.*, par. 5.2.

25 Aussi pour les titres représentés par un certificat (« certificated securities »).

26 Voir la Convention de La Haye sur la loi applicable à certains droits sur les titres détenus auprès d'un intermédiaire, précitée, note 2, art. 4-8 ; Michel DESCHAMPS, « Les sûretés sur les valeurs mobilières », Insight, 27 et 28 avril 2000 ; C. BERNASCONI, « La loi applicable aux actes de disposition de titres détenus dans le cadre d'un système de détention indirecte », doc. prél. de travail, Conférence de La Haye, 1er novembre 2000, Bradley Crawford, Eric Gertner et Michel Deschamps, dans Chapter 9-Canada (Ontario and Quebec) ; James S. ROGERS, « Policy Perspectives on Revised U.C.C. Article 8 », (1996) 43 *U.C.L.A. Law Rev.* 1431 ; J. BENJAMIN, « Immobilized Securities : Where Are They ? », (1998) 13 *J.I.B.F.L.* 85 ; L. DE GHENGHI et B. SERVAES, « Collateral Held in the Euroclear Securities : A Belgian Pledge Too Far », (1999) *J.I.B.F.L.* ; *In re Estate of Bessie Bloom*, 2004 BCSC 70, où le Tribunal a accepté la prétention de l'appelant l'opinion de Castel et Walker, *op. cit.*, note 11, p. 22.3 et 22-04, que la situation des titres dématérialisés était dans la juridiction où l'intermédiaire tient les livres où l'investissement apparaît.

2. Meubles corporels destinés ailleurs (art. 3103 C.c.Q.)

L'article 3103 C.c.Q. prévoit une exception importante à la règle de la *lex situs*. Lorsque les parties comprennent que les biens qui ne sont pas en transit sont destinés à un autre lieu, une sûreté peut être créée selon la loi de l'État de la destination du meuble grevé. Dans le cas d'un financement par hypothèque d'un bien situé en Ontario mais destiné au Québec, un créancier prudent attendrait un délai de 30 jours après que le bien soit déplacé au Québec avant le déboursement des fonds, étant donné qu'au cas où le bien n'atteindrait pas le lieu de sa destination dans le délai de 30 jours (art. 3103 C.c.Q.), la sûreté (hypothèque) ne serait pas valide.

3. Meubles corporels ordinairement utilisés dans plusieurs États et meubles incorporels (art. 3105 C.c.Q.)

Pour la sûreté grevant les meubles corporels ordinairement utilisés dans plus d'un État[27] et les sûretés grevant les biens incorporels (autres ceux soumis à l'article 3102 C.c.Q.), leur validité est régie par la loi du domicile du constituant au moment de sa constitution. Si le constituant est une personne morale, son domicile est situé au lieu de son siège social. Ce rattachement s'explique par le besoin d'une plus grande prévisibilité que celle offerte par la *lex situs*.

4. Sûreté universelle (biens présents et futurs)

Il n'y a pas de règle de conflit régissant la validité d'une sûreté sur l'universalité des biens du constituant, présents et futurs, quelles que soient leur nature ou leur situation. Par conséquent, les créanciers et les constituants débiteurs doivent s'assurer que la sûreté soit valide et opposable selon toutes les lois potentiellement applicables selon les règles de conflit de la *lex fori* anticipée.

---

27 Le « test » est objectif, c'est-à-dire que ce n'est pas l'utilisation actuelle des biens par le débiteur qui compte, mais plutôt l'utilisation générale de ceux-ci. Voir J.A. TALPIS et J.-G. CASTEL, *loc. cit.*, note 3 ; *Trailmobile Canada Ltd.* c. *Kindersley Transport Ltd.*, (1986) 54 Sask. 1 ; *Ens. Toyota Ltd.* c. *Megill Stephensen Co.*, (1989) P.P.S.A. c. 169 Sask.

Prenons l'exemple de la clause suivante couramment utilisée au Québec :

> À titre de sûreté en garantie du remboursement de l'endettement au créancier et de l'acquittement des obligations qui incombent au constituant en vertu des présentes, le constituant hypothèque en faveur du créancier jusqu'à concurrence du montant de l'hypothèque et des intérêts, l'universalité de tous les biens du constituant, meubles et immeubles, présents et futurs, corporels et incorporels, de toute nature et quelle que soit leur situation.

Dans ce cas, la validité et l'opposabilité de cette hypothèque universelle seront régies par la loi de l'État où se trouvent les biens pour ceux visés par l'article 3102 C.c.Q. ou par la loi du domicile du constituant pour les biens visés par l'article 3105 C.c.Q. lors de son acquisition desdits biens.

La sûreté universelle est souvent rédigée de la manière suivante dans les juridictions de common law (par exemple en Colombie-Britannique) :

> **General Security**
>
> As continuing security for the repayment and performance of each of the obligations of the Borrower to the Lender, the Borrower hereby grants to the Lender a continuing, specific and fixed security interest in all of the Borrower's property, assets rights and undertaking of any nature and kind, now and hereafter acquired and at any time and from time to time existing or in which the Borrower has or acquires an interest, wherever situate, including, without limiting the generality of the foregoing, all of the secured property.

Même si le « general security » a été validement constitué en vertu de la loi de la Colombie-Britannique, il n'a pas été constitué selon la loi du Québec. Par conséquent, la sûreté n'affectera pas un meuble corporel du type visé par l'article 3102 C.c.Q. acquis au Québec par le constituant.

Afin d'éviter des conflits par rapport à ces sûretés universelles, les parties ont l'habitude de créer dans l'acte constitutif québécois une P.P.S.A. *security interest* pour les biens du constituant situés en dehors du Québec et une hypothèque universelle pour les biens situés au Québec lors de leur acquisition. Parfois, on tente de combiner les deux sûretés dans la même formule, par exemple en ajoutant après « Lender... » « up to the amount of X $ and hypothecates », mais nous préférons l'autre solution.

Lorsque le *general security* constitué dans une juridiction de common law contient ce qu'il faut pour constituer une hypothèque selon le droit québécois, est-il valide comme sûreté sur des immeubles du constituant présents ou futurs situés au Québec, même s'il n'est pas conclu par acte notarié, si on a respecté les formalités du lieu de la conclusion de l'acte en vertu de l'article 3109 C.c.Q. ? À notre avis, oui. La politique du législateur de favoriser les transactions doit primer toute qualification du « fond » de l'acte et par conséquent l'application de l'article 2693 C.c.Q. De toute façon, il faut suivre l'exigence de l'article 2689 C.c.Q. ainsi que les dispositions du Code civil quant aux formalités de publication pour des biens présents et futurs, notamment l'article 2949 C.c.Q. Selon le même raisonnement, l'hypothèque émise par un fiduciaire (« trust indenture ») conclue sous seing privé est aussi valide, nonobstant les termes de l'article 2692 C.c.Q. Par mesure de précaution, il est toutefois préférable d'éviter le conflit de lois et de s'assurer que l'hypothèque grevant un immeuble situé au Québec ou celle visée par l'article 2692 C.c.Q. soit faite en forme notariée[28].

Peut-être verra-t-on le jour de l'adoption d'une sûreté uniforme globale, soit par une modification au Code civil, soit par une entente internationale.

Dans l'intervalle, il est toujours possible, mais non probable, qu'un tribunal invoque dans un cas précis l'article 3082 C.c.Q. afin de soumettre la validité à une seule loi, qui pourrait être celle du domicile du constituant.

C. La sûreté immobilière – 3097 C.c.Q.[29]

Vu l'absence de règle particulière, c'est l'article 3097 C.c.Q. qui s'applique afin de déterminer la loi applicable à la validité d'une sûreté immobilière.

D. Sûretés non conventionnelles

Les sûretés nées par l'opération de la loi, par opposition aux sûretés conventionnelles, devraient aussi être soumises aux articles 3102 C.c.Q. et

---

28 Pour une illustration, voir l'hypothèque universelle conclue en forme notariée et sous seing privé sur les biens en fiducie le 16 octobre 1996, publiée en Ontario et au Québec sous le numéro 96-0127784-0001.

29 Voir *Hetex Garn A.S.G.A.G.C.* c. *Banque Royale du Canada*, J.E. 81-1088 (C.S.).

suiv. C.c.Q. pour les sûretés mobilières et à l'article 3097 C.c.Q. pour les sûretés immobilières.

Cette solution est fondée, d'une part sur l'absence de dispositions limitant le champ d'application des articles 3102 à 3106 C.c.Q. aux seules sûretés conventionnelles, ainsi qu'en vertu de l'interprétation élargie de « sûretés » discutée précédemment.

En fait, le rattachement aux mêmes règles est tout à fait justifié, étant donné que selon le droit du Québec, l'hypothèque légale confère un droit réel dans le bien grevé, un droit *in re* et un droit de suite. Elles ont, à plusieurs égards, les mêmes caractéristiques que les hypothèques conventionnelles et les problèmes entourant les deux types de sûretés sont tout à fait semblables.

Soulignons enfin que selon l'article 2730 C.c.Q., un créancier d'un jugement portant condamnation à son débiteur de lui verser une somme d'argent peut obtenir une hypothèque légale sur les biens de son débiteur. Dans le cas d'un jugement étranger, il faut obtenir la reconnaissance et l'exécution dudit jugement selon les règles applicables à celles-ci.

E. Priorités

La soumission à la catégorie « sûretés » ne semble pas évidente à première vue, parce qu'en droit interne québécois, la priorité n'est ni hypothèque, c'est-à-dire « sûreté », ni quasi-sûreté. Les priorités ne créent pas des droits *in re*, ne donnent pas un droit de suite (à l'exception de l'article 2654.1 C.c.Q.) et ne donnent pas lieu à un recours hypothécaire. Toutefois, en l'absence d'une règle de conflit propre aux priorités et de la définition élargie pour les sûretés proposées, le rattachement est tout à fait justifié. De toute façon, il est possible d'utiliser l'article 3082 C.c.Q. comme correctif.

Nous suggérons que cette solution s'impose, nonobstant le fait que dans le cas d'un « statutory lien » (sûreté non conventionnelle), c'est-à-dire créé par la loi, il n'y a pas de « constituant » comme l'article 3105 C.c.Q. l'indique pour la sûreté sur certains biens.

IV. Reconnaissance au Québec des sûretés mobilières créées à l'étranger

Comme dans les lois de la plupart des États, le Code civil ne prévoit pas une règle de conflit propre à la reconnaissance des sûretés mobilières étrangères. Une telle règle n'existait pas non plus dans le *Code civil du Bas*

Canada. En effet, aucune règle de conflit n'existait pour les sûretés et la règle sur le statut réel s'appliquait (art. 6 C.c.B.C). Toutefois, les tribunaux québécois ont à maintes reprises reconnu et donné effet, du moins entre les parties et vis-à-vis des créanciers ordinaires, aux sûretés mobilières créées à l'étranger qui étaient inconnues du droit québécois, telles que le « chattel mortgage »[30].

À plus forte raison, dans l'intérêt du commerce international, cette reconnaissance est implicite dans le nouveau Code civil, d'une part par l'adoption de l'expression « sûretés » plutôt qu'« hypothèques » et d'autre part, par la concession des « délais de grâce » (art. 3104 et 3106 C.c.Q.) quant aux sûretés créées à l'étranger.

Le législateur a ainsi rejeté les solutions généralement suivies en Europe, mettant l'accent sur le commerce interne et la sécurité des transactions liant la reconnaissance de la sûreté étrangère à l'existence d'un même type de « sûreté » ou du moins à une « sûreté » équivalente dans l'État de la situation actuelle du bien[31]. Le législateur a aussi rejeté la théorie du cumul[32] fondée sur les mêmes politiques.

---

30 Voir *Faubert* c. *Brown*, (1938) 76 C.S. 330 ; *Union Acceptance Corp.* c. *Guay et Macdonald*, [1960] C.A. 827 ; *Belisle National Leasing* c. *Bertrand*, [1991] R.J.Q. 199 (C.S.) ; *Banque de la Nouvelle-Écoss*e c. *Fournier*, [1985] C.A. 301. Voir aussi J.A. TALPIS, *loc. cit.*, note 3, 178 et suiv. Dans l'affaire *Bossé* c. *Garage Moreau Ltée*, C.S. Kamouraska, nº 250-05-000099-804, 4 février 1982, le « chattel mortgage » créé selon la loi du Nouveau-Brunswick a été reconnu implicitement, mais déclaré non applicable par le biais de l'ordre public afin de protéger un tiers acquéreur au Québec ; voir commentaire, Gérald GOLDSTEIN, « L'arrêt *Bossé* c. *Garage Moreau* et la reconnaissance du chattel mortgage en droit international privé québécois », (1983) 29 *McGill L.J.* 163. Il a aussi été implicitement reconnu dans l'affaire *Trans Canada Crédit Corp.* c. *Lafrançaise*, C.P. Hull, nº 550-09-00210-781, 19 mai 1982. J.-G. CASTEL, *op. cit.*, note 6.

31 Voir : T.J.R. SHILLING, « Some European Decisions on Non-Possessory Security Rights in Private International Law », (1985) 34 *I. & C.C.L.Q.* 87. Quant à la notion de l'équivalence, elle a été introduite dans le but d'une meilleure harmonisation dans la solution des conflits de lois en matière de sûretés. Voir « La reconnaissance des sûretés mobilières étrangères », (1985) 24 *Rev. Cnt. d.i.p.* 465 ; Georges KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Paris, Economica, 1984, nºs 20-30, p. 23 et suiv. et autorités citées. Voir aussi Philippe MALAURIE, « L'équivalence en droit international privé », D. 1962.chr.215.

32 Cette théorie rend conditionnelle la reconnaissance d'une sûreté étrangère qu'elle respecte la loi régissant sa source et la *lex rei sitae* (voir G. KHAIRALLAH, *op. cit.*, note 31, p. 36 et suiv.).

S'il est vrai que les sûretés font partie intégrante de chaque système juridique et que leurs contenu et exécution sont difficilement transposables, on a du mal à croire que le législateur, qui a adopté ces nouvelles règles afin de favoriser le développement du commerce international, ait voulu se limiter aux sûretés du Code civil. Par conséquent, dans l'intérêt du commerce international, il faut s'efforcer d'assimiler la sûreté étrangère inconnue à un type de sûreté ou quasi-sûreté fonctionnellement équivalente en droit québécois, sans pourtant soumettre la sûreté à la loi du for que cette loi ignore ! Cependant, même si cette assimilation s'avère impossible, la volonté législative est claire : les tribunaux québécois devraient reconnaître la sûreté mobilière validement créée, à moins que la loi en vertu de laquelle elle a été créée ne soit écartée par l'une ou l'autre des dispositions générales (art. 3076, 3079, 3081 et 3082 C.c.Q.).

V. Opposabilité au Québec de la sûreté mobilière créée et publiée à l'étranger

A. Loi applicable à la publicité (art. 3102, al. 2 et 3105, al. 2 C.c.Q.)

En vertu des alinéas 2 des articles 3102 et 3106 C.c.Q., c'est soit la loi de la situation actuelle d'un bien meuble ou la loi du domicile actuel du constituant, selon les biens grevés, qui détermine la nécessité de la publicité des sûretés créées à l'étranger ou au Québec ainsi que les effets de la publicité. Dans le cas d'un conflit mobile, c'est la loi de la nouvelle situation du bien ou du nouveau domicile du constituant selon le cas qui devra déterminer l'opposabilité de la sûreté à un tiers.

B. Publicité selon le droit québécois : but et conditions

Dans le cas où la loi applicable à la publicité est la loi québécoise, il faut croire que l'article 2941 C.c.Q. s'applique non seulement aux « sûretés » domestiques (c'est-à-dire hypothèques et quasi-sûretés), mais aussi aux sûretés validement créées selon une loi étrangère afin de les rendre opposables aux tiers. Ceci signifie que même si la sûreté a été publiée à l'étranger, si le bien meuble parvient au Québec ou si le Québec est le nouveau domicile du constituant (dépendant des biens grevés), il faut, afin de protéger le créancier, inscrire la sûreté au registre des droits personnels et réels mobiliers (R.D.P.R.M.) du Québec en tant que sûreté publiée à

l'étranger (art. 3104, 3106 C.c.Q.). À cet égard, les règles québécoises se rapportant à la publicité sont assez souples pour permettre la publication des sûretés étrangères dans la mesure où elles ont déjà été publiées à l'étranger.

Soulignons que les seules dispositions permettant la publication des sûretés créées à l'étranger sont les articles 3104 et 3106 C.c.Q. qui posent comme conditions d'une publication au Québec (i) que la sûreté ait déjà été publiée à l'étranger et (ii) que le bien parvienne au Québec ou que le constituant ait changé son domicile pour le Québec. Cette publication pourrait se faire avant que le bien parvienne au Québec (pour les biens visés par l'article 3102 C.c.Q.) ou avant l'acquisition par le constituant d'un nouveau domicile au Québec (biens visés par l'article 3105 C.c.Q.). Ceci est tout à fait logique si on considère que le but de ces articles est de protéger le créancier étranger pour un certain temps. Toutefois, si le bien ne parvient pas au Québec ou si le constituant n'a pas changé son domicile pour le Québec, il en résulte que la sûreté a été publiée sans droit et toute partie intéressée devrait pouvoir en demander sa radiation. Au cas où le créancier étranger est introuvable, il faut demander la radiation par le tribunal.

De toute façon, même si la réquisition soumise pour l'inscription au R.D.P.R.M. décrit « sûreté publiée à l'étranger » « security published in a foreign country », il est impossible pour un officier de la publicité des droits de vérifier si le bien ou le domicile du constituant est actuellement situé au Québec[33].

C. Protection du créancier titulaire d'une sûreté créée et publiée à l'étranger (art. 3104 et 3106 C.c.Q.)

Dans le but de promouvoir le commerce international, par la protection des créanciers garantis par des sûretés créées à l'étranger, l'inscription d'une sûreté publiée à l'étranger effectuée au Québec dans un délai assez court depuis l'arrivée du bien au Québec ou l'établissement du domicile du débiteur au Québec, rétroagit à la date de la publicité au lieu d'origine (sauf vis-à-vis de l'acquéreur ayant acquis le bien dans le cours des activités du constituant, voir *infra*). Plus précisément, le Code civil adopte aux articles

---

33 Le même problème existe pour une hypothèque sur un bien situé au Québec. L'officier ne peut pas vérifier cette situation, sauf des cas évidents, par exemple une sûreté sur des stocks d'un dépanneur situés à une certaine adresse dans la province de Québec.

3104 et 3106 C.c.Q., des dispositions prévoyant que les sûretés mobilières créées et publiées à l'étranger (*situs* ou domicile) sont réputées publiées au Québec depuis la date de la première publication à l'étranger sous réserve d'une inscription dans la province avant la réalisation de la première de trois éventualités. Si la sûreté n'a pas été inscrite au Québec à l'intérieur du délai court, toute autre sûreté valablement créée et publiée auparavant devra prévaloir.

Comme le soulignent les professeurs Goldstein et Groffier :

> D'abord, les délais sont brefs. L'article correspondant de la loi ontarienne prévoit 60 jours pour le délai commençant à courir depuis que le bien est parvenu en Ontario. Dans un scénario tel que celui de *Union Acceptance* c. *Guay*[34] le vendeur ontarien aurait dû se rendre compte que son débiteur avait revendu la voiture à un résident du Québec dans les 30 jours suivant son arrivée au Québec. Mais on comprend que l'on veuille limiter la période d'incertitude puisque tout acheteur au Québec acquerrant le bien en dehors des activités du constituant pourra voir ses droits remis en cause par l'effet rétroactif de la publicité qui y serait faite dans l'un des délais prévus.

Même s'il est possible d'inscrire ladite sûreté au Québec avant même que le bien parvienne au Québec (ou que le domicile du constituant ait changé), la rétroactivité à la date de la première publication à l'étranger qui en résulte de ladite inscription dans les délais de 30 ou de 15 jours (art. 3104(2), 3104(3) et 3106(2) C.c.Q.) continue de s'appliquer.

De plus, à notre avis, dans l'éventualité où le détenteur d'une sûreté mobilière publiée à l'étranger ne respecte pas les délais énoncés à l'article 3104(1) C.c.Q., pour que la publication au registre des droits personnels et réels mobiliers puisse rétroagir au moment de la publication de la sûreté à l'étranger, alors la date de publication d'une telle sûreté pour fin d'opposabilité au Québec devrait être celle à laquelle elle aura été publiée au Québec, sans qu'il y ait effet rétroactif, conformément à la règle générale prévue à l'article 3102, al. 2 C.c.Q.[35]

---

34 *Union Acceptance Corp.* c. *Guay et Macdonald*, [1960] C.A. 827.

35 J.A. TALPIS et C. TROULIS, *loc. cit.*, note 3, 201 ; G. GOLDSTEIN et E. GROFFIER, *op. cit.*, note 1, n° 203, p. 364 et 365 ; M. CYR, *op. cit.*, note 3, p. 86 ; *contra* : P. CIOTOLA, *op. cit.*, note 1, p. 341 et 342 ; *914151 Ontario Ltd.* c. *Optimax Software Inc.*, EYB 1996-30358 (C.S.), où la Cour semble laisser entendre que les délais prévus à l'article 3104 C.c.Q. constituent une condition de validité de l'hypothèque.

Enfin, il nous semble qu'il faut aussi inscrire ladite sûreté publiée à l'étranger même si le même type de garantie est opposable aux tiers en droit québécois sans publicité (par exemple, réserve de propriété au cas où un bien est acquis autrement que pour l'exploitation d'une entreprise, art. 1745 C.c.Q.). La justification de cette solution repose sur l'idée que les tiers à la nouvelle situation du bien (ou au nouveau domicile du constituant) sont censés connaître le droit québécois, ce qui n'est pas le cas des sûretés étrangères, surtout leurs effets.

D. Publicité de la sûreté à l'étranger : interprétation fonctionnelle

Soulignons que les expressions « publication » du droit québécois et « perfection » dans les P.P.S.A. visent le même objectif, celui de rendre la sûreté ou « security interest » opposable aux tiers. Il faut croire que la « publicité » pour les fins du droit international privé devrait être interprétée de façon large et fonctionnelle afin de respecter la volonté législative de permettre la protection non seulement des droits acquis, mais aussi de la sécurité des transactions. Ainsi, la détention du bien ou toute autre formalité comme un avis, un enregistrement ou la constitution même de la sûreté (*automatique* ou *deemed perfection*) laquelle selon la loi compétente qui rend la sûreté opposable aux tiers, devrait constituer une publicité. Il s'agit d'une publicité soit « Lite », soit fonctionnelle tout à fait justifiée en droit international privé[36]. Cette approche fonctionnelle a aussi été adoptée aux États-Unis[37] et dans la P.P.S.A. de l'Ontario. Selon cette dernière :

---

36 Dans un article récent écrit avec le professeur Goldstein, « Réflexions critiques sur l'avènement de l'union civile boiteuse en droit international privé québécois », dans *Union Civile*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, p. 252 et 253, en analysant l'existence d'un acte solennel établi par ou devant un officier public pour la validité de l'union civile en droit international privé, nous avons écris : « On envisage donc a priori un officier public et une cérémonie publique. Néanmoins, pour admettre une institution étrangère dans notre catégorie d'union civile, on devrait accepter que les formalités en cause soient éventuellement moins développées que celles du droit québécois. Par exemple, on pourrait considérer qu'une signification à un officier public d'une cérémonie publique, sans qu'un officier public y participe, suffit. » C'est ce que nous entendons par « célébration light ». Dans le même sens, voir Jeffrey A. TALPIS, « Matrimonial Regimes in Quebec Private International Law : Where Are We Now ? », (2004) 63 *R. du B.* 181.

37 Selon l'article 9 U.C.C., « perfection » peut aussi être « notation on certificates of title to automobiles, trailers, mobile homes, boats, farm tractors and the like, filing,

> For the purposes of this Part, a security interest shall be deemed to be perfected under the law of a jurisdiction if the secured party has complied with the law of the jurisdiction with respect to the creation and continuance of a security that is enforceable against the debtor and third parties.[38]

Dans le cas où la loi étrangère considérerait que la publicité (ou « perfection ») rend la sûreté dès sa création (« attachment ») opposable aux tiers sans d'autres formalités, appelée « automatique perfection » ou « perfection by attachment » alors, non seulement la publicité a eu lieu à l'étranger, mais pour les fins des articles 3104 et 3106 C.c.Q. la date de création devrait être celle de la date de sa publicité à l'étranger.

E. Opposabilité de la sûreté à un créancier hypothécaire québécois

En cas de transfert d'un bien (ou du domicile du constituant) d'un État à l'autre, c'est-à-dire de conflit mobile relatif aux sûretés mobilières, dès que le bien grevé ou le domicile du constituant se déplace au Québec, une hypothèque pourrait être créée selon le droit québécois en faveur du nouveau créancier[39]. Dans ce cas, l'opposabilité des droits du créancier, en vertu de la sûreté créée à l'étranger, au créancier hypothécaire, dépend de sa publicité, ainsi que de la date de la publication au Québec.

F. Opposabilité de la sûreté à un acquéreur des biens grevés situés au Québec[40]

Lorsqu'un bien meuble grevé d'une sûreté validement créée à l'étranger se trouve au Québec et fait l'objet d'une aliénation, c'est la loi du Québec

---

possession, central filing, notification to account debtors, automatique filing, etc. ». Selon le U.C.C., « purchase money security interests are automatically perfected ». Voir *Uniform Commercial Code*, West Publishing Company, 1989, p. 408-412.

38 Section 8(2) Ont. Act following the functional equivalence principle in case law, see *Bedard Re*, (1983) 46 C.B.R. (n.s.) 172.

39 Elle pourrait aussi être créée avant l'acquisition des biens au Québec.

40 Pour une excellente discussion sur la question, voir M. CYR, *op. cit.*, note 3.

qui déterminera l'opposabilité de la sûreté à l'acquéreur[41]. L'inscription de la sûreté étrangère au Québec ne la rend pas toujours opposable aux acquéreurs.

En effet, selon les articles 2700 (*a contrario*) et 1714 C.c.Q. du droit interne, la politique de la protection des droits acquis cède en faveur de la politique de favoriser la sécurité des transactions dans la mesure où le bien a été aliéné dans le cours des activités de l'entreprise. Toutefois, selon l'article 1714 C.c.Q., l'acquéreur doit être de bonne foi pour avoir droit au remboursement du prix qu'il a payé.

Selon le droit international privé (art. 3104 C.c.Q.), l'acheteur n'a pas besoin d'être de bonne foi, mais le bien doit être acquis dans le cours des activités du constituant, ce qui suggère que celui-ci devrait aussi être le vendeur des marchandises. Cette solution est contraire à celle en droit interne (art. 2700 *a contrario* et 1714 C.c.Q.), où l'acquéreur est protégé lorsqu'il a acquis le bien dans le cours des activités de l'entreprise, peu importe que le vendeur soit ou non le constituant de la sûreté ou que l'hypothèque ait été publiée.

Il en résulte que, par rapport à la bonne foi, il y a plus de protection de l'acquéreur dans une situation internationale, mais moins de protection au cas où le vendeur n'est pas le constituant. Dans cette dernière situation, la publication de la sûreté créée à l'étranger serait opposable à l'acheteur.

Il est probable que l'exception de l'article 3104, al. 2 C.c.Q. ait été inspirée de l'article 28(1) du P.P.S.A. de l'Ontario qui stipule que : « A buyer of goods, not merely consumer goods, acquired from a seller who sells the goods in the ordinary course of business takes them free from any security interest given by the seller. »[42]

Cette solution se conforme en général au droit applicable dans les juridictions de common law (du Canada), où le principe *de nemo dat quod non habet* règne et prime souvent les droits d'acheteurs de bonne foi (bien que la plupart des législations de P.P.S.A. fournissent une protection à l'encontre des sûretés déjà constituées lorsque les biens grevés sont des biens de

---

41 Voir Jeffrey A. TALPIS, « The Law Governing the Domain of the "Statut Réel" in Contracts for the Transfer Inter Vivos of Moveable Property *ut singuli* in Quebec Private International Law », (1970) 73 *R. du N.* 275.

42 Voir aussi S.A. 1988, c. P4-05, art. 30(2) ; S.B.C., art. 30(2) ; R.S.M. 1987, c. P-35, art. 30(1) ; S.N. 1993, c. P-7 ; S.N.B. 1994, c. 22, art. 30(2) ; S.S. 1979, c. P-6, art. 30(2).

consommation de faible valeur et acquis sans la connaissance de la sûreté (« security interest »)[43]).

Cependant, le droit interne et le droit international privé du Québec favorisent la sécurité des transactions et la protection de certaines parties. Ceci est manifeste par le rattachement à la loi de la situation du bien et en raison des articles 1714, al. 2, 2674 et 2700 (*a contrario*) C.c.Q., en vertu desquels l'acheteur est protégé s'il acquiert le bien grevé dans le cours ordinaire des activités de l'entreprise peu importe la publicité.

L'article 3104 C.c.Q. aurait dû refléter la même politique[44] et une modification législative serait souhaitable.

G. Opposabilité de la sûreté aux créanciers ordinaires du constituant

Selon le *Code civil du Bas Canada*, la question de l'opposabilité aux créanciers ordinaires du constituant d'une sûreté sur un bien meuble créée conformément à la *lex causae* et publiée à l'étranger, mais dont le bien meuble est actuellement situé au Québec, était controversée. Nous avions déjà avancé l'opinion que la simple présence du bien au Québec, sans qu'il y ait eu une nouvelle transaction, ne justifiait pas une protection particulière des créanciers ordinaires. Afin de protéger la sécurité des titres et les droits acquis, nous étions d'avis que la sûreté étrangère était opposable aux créanciers ordinaires, même s'il n'existait sous le C.c.B.C. aucun moyen de publicité des sûretés mobilières étrangères au Québec[45].

Sous le nouveau Code civil, il y a une plus grande protection pour les créanciers ordinaires. Par conséquent, il est nécessaire d'inscrire la sûreté étrangère déjà publiée à l'étranger au R.D.P.R.M. pour la rendre opposable aux créanciers, hypothécaires ou ordinaires.

---

43 Voir par exemple P.P.S.A. (B.C.), art. 30(3) et (4).

44 J.A. TALPIS et C. TROULIS, *loc. cit.*, note 3, 206. Une harmonisation quant à l'exigence de la bonne foi de l'acquéreur serait aussi nécessaire.

45 J.A. TALPIS, *loc. cit.*, note 3.

H. Opposabilité de la sûreté au syndic d'une faillite

La question de la nature du statut du syndic, comme tiers ou représentant du failli, est controversée[46]. Comme il n'y a rien qui s'oppose à le considérer comme représentant pour certaines fins et tiers pour d'autres[47], nous préférons la thèse qui veut que le syndic soit un tiers, du moins pour les fins de l'opposabilité des sûretés mobilières créées à l'étranger. Dans cette optique, une sûreté créée conformément à la loi compétente et publiée à l'étranger doit être publiée au Québec pour être opposable au syndic.

I. Opposabilité au Québec de la sûreté mobilière créée mais non publiée à l'étranger

Il se peut qu'une sûreté ait été créée selon une loi étrangère, par exemple lieu de la situation du bien grevé laquelle n'y était pas publiée, soit par omission, soit parce que la publicité ne peut pas y être accomplie[48]. Pourtant, le créancier pourrait quand même avoir un intérêt à la publier au Québec, notamment à cause d'un déplacement du bien ou d'un changement du domicile du constituant au Québec. Cependant, outre le cas où la sûreté est réputée avoir été publiée à l'étranger, contrairement à d'autres lois, comme celle de l'Ontario[49], il n'y a pas de disposition permettant la pre-

---

46 *Massouris et Honda Canada Finance Inc (Re) (Syndic de)*, REJB 2002-30151 (j. Baudouin) (C.A.). Voir le jugement de la Cour d'appel dans l'affaire *Banque Royale du Canada* c. *Angelina Mervis*, [2002] R.J.Q. 901 (C.A.), infirmant le jugement de la Cour supérieure (chambre de la faillite), REJB 2001-24963 (C.S.).

47 *Emballages Plastidesign Inc. (Syndic)*, [1999] R.J.Q. 1361 (C.A.) ; *Massouris et Honda Canada Finance Inc (Re) (Syndic de)*, REJB 2002-30151 (C.A.). Voir aussi Jacques DESLAURIERS, Albert BOHÉMIER et Henri MASSÜE-MONAT, « Droit des affaires, faillite et insolvabilité », dans Collection de droit 2001-2002, École du Barreau du Québec, vol. 9, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 458 et 459.

48 Par exemple, l'article 9-301(1) U.C.C. dispose que c'est la loi du lieu du constituant qui est applicable à la publicité (*perfection*), aux effets de l'absence de publicité et au rang de la sûreté : « When a debitor is located in a jurisdiction, the local law of that jurisdiction governs perfection, the effect of perfection or non-perfection and the priority of a security interest in the collateral. »

49 La section 5(4) c. P-10 de la P.P.S.A. (Ontario) permet la publication en Ontario d'une sûreté qui n'était pas publiée au lieu de sa situation lors de sa création. Ainsi, une hypothèque créée au Québec sur les biens meubles y est située, mais non publiée

mière publicité de la sûreté étrangère au Québec. L'alinéa 3 de l'article 2938 C.c.Q. est formel à cet égard. Étant donné que les règles de publicité ne devraient pas empêcher la réalisation des objectifs spécifiques du droit international privé québécois qui veulent assurer un maximum de protection aux créanciers garantis et aux tiers afin de promouvoir la sécurité des transactions et le commerce international, une intervention législative s'impose[50].

VI. Démonstration – quelques cas

A. Transactions où le droit de propriété sert de garantie

Comme nous l'avons vu, selon les P.P.S.A., une transaction par laquelle le créancier détient la propriété à des fins de garantie peut être une sûreté, alors qu'en droit québécois *ceteris paribus*, elle ne peut pas être une hypothèque parce que le constituant n'est pas propriétaire du bien grevé[51].

Par exemple, les parties ont conclu un acte de vente d'un bien qui se trouve dans une juridiction de common law avec réserve de la propriété du bien jusqu'au paiement final du prix de vente comme mécanisme pour garantir le remboursement. Selon les P.P.S.A. et le U.C.C., une telle réserve de titre de propriété est un « security interest ». Lorsqu'il y a conflit mobile et que le bien meuble grevé se trouve au Québec où ledit transfert de titre ne constitue pas une hypothèque, selon la thèse avancée, il faut qualifier cette transaction de « sûreté », laquelle devrait donc être inscrite au Québec pour être opposable aux tiers[52].

---

au Québec, pourrait être publiée (*perfected*) en Ontario avant même que le bien parvienne en Ontario. « Perfection in Ontario—Where a security interest mentioned in subsection (1) is not perfected under the law of the jurisdiction in which the collateral was situated at the time the security interest attached and before being brought into Ontario, the security interest may be perfected under the Act. » Voir Jacob ZIEGEL et David DENOMME, *The Ontario Personal Property Security Act*, Canada Law Book, p. 81-94.

50 À l'instar des articles 3085, al. 2 et 3101 C.c.Q., « [l]orsque la loi compétente en vertu du présent livre, ne pourvoit pas la possibilité d'une publication à l'étranger au lieu de sa création pour la rendre opposable aux tiers elle pourrait être publiée au Québec au cas où le bien parvienne au Québec où le constituant y a son domicile.

51 Même si la réserve de propriété devrait normalement être publiée.

52 Voir la discussion sur l'opposabilité d'une telle vente selon le droit québécois, *supra*.

B. Contrat de location

Prenons comme hypothèse qu'il y a location d'un bien meuble situé dans une juridiction de P.P.S.A. ou de U.C.C. lors de la conclusion de la transaction et que par la suite le bien s'est déplacé au Québec. Selon l'approche fonctionnelle des P.P.S.A. et la version révisée de l'article 9 U.C.C., si l'essence de la transaction est de garantir l'exécution d'une obligation, elle est un « security interest ». Vu que la loi applicable peut dépendre de la qualification de la transaction comme sûreté ou contrat de bail, elle serait faite par la loi du for. Toutefois, il faut croire que les tribunaux québécois s'inspirent des critères établis dans les provinces canadiennes[53] et aux États-Unis[54]. Par exemple, l'inclusion d'une clause d'option d'achat dans le contrat est un élément important de l'analyse. Si le prix est une somme nominale ou est nettement inférieur à la valeur des biens, le contrat de location constitue probablement une sûreté[55] et doit être publié pour être opposable aux tiers.

C. Contrat de consignation

Les contrats de consignation sont reconnus par le droit québécois, bien qu'ils ne constituent pas un des contrats nommés dans le *Code civil du Québec*, ni dans aucune loi du Québec. Toutefois, les tribunaux ont édicté les critères suivants, qui doivent tous être strictement observés, à défaut de quoi la consignation ne sera pas reconnue[56] :

---

53 En cas de faillite au Canada, sous les conditions onéreuses de l'article 81.2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, l'agriculteur qui a vendu et livré à l'acheteur des produits agricoles a une sûreté pour le solde impayé laquelle est opposable au syndic sans publicité : L.C. 1992, c. 27, art. 81.2. Toutefois, suivant la définition de l'agriculteur et de la ferme, les produits doivent provenir d'une ferme au Canada.

54 Aux États-Unis, la section 1-201 de l'article 9 révisé prévoit des critères facilitant la distinction entre un vrai bail et celui qui est un « security interest ». Voir M. CYR, *op. cit.*, note 3, p. 128-132.

55 Voir *Unilease Inc.* c. *Graphic Centre (Ontario) Inc.*, [1982] O.J. (Quicklaw) nº 398, où le prix de rachat d'un photocopieur à la fin du bail était de 1 $. Dans l'arrêt *Re Ontario Equipment (1976) Ltd.*, (1982) 35 O.R. (2d) 194, la Cour d'appel de l'Ontario fut d'avis que l'option d'achat reflétait les réalités du marché et que le contrat n'était pas soumis à l'application de la P.P.S.A.

56 *Five Star Jewellery Co.* c. *Horovitz*, [1991] R.J.Q. 993 (C.A.) ; *Trizec Equities Ltd.* c. *Hassine*, [1982] C.S. 1141, 1143 et 1144 ; *Faillite de St-Pierre*, REJB 2000-2111

- Il doit y avoir un contrat entre le consignateur et le consignataire ;
- Le titre de propriété des marchandises reste avec le consignateur et est transféré directement du consignateur à l'acheteur ;
- Le consignataire ne doit pas avoir l'obligation de payer pour les marchandises jusqu'à ce qu'elles soient vendues à un tiers ;
- Le consignataire a le droit de retourner les marchandises non vendues au consignateur ;
- Le consignataire est obligé de segmenter les marchandises expédiées et de les identifier de façon à ne pas les confondre avec d'autres marchandises du consignataire ;
- Le consignataire est obligé de maintenir des livres et une comptabilité indiquant les revenus provenant de la vente des marchandises expédiées séparément d'autres revenus du consignataire ; et
- Tant la conduite du consignateur que celle du consignataire doivent se conformer aux critères mentionnés ci-dessus.

En droit interne, si n'importe laquelle des susdites conditions n'est pas respectée, on considérera qu'il s'agit plutôt d'un contrat de vente et les marchandises seront incluses dans le patrimoine du consignataire et seront soumises aux droits des autres créanciers du consignataire. Par ailleurs, même si la transaction est une consignation, par opposition à un contrat de vente, et a pour objet de garantir une obligation, elle n'est ni une sûreté ni une quasi-sûreté en droit québécois. Par conséquent, les droits d'un consignateur ne peuvent pas être publiés selon le droit québécois.

Toutefois, selon le U.C.C. et les P.P.S.A., si l'essence de la transaction est d'assurer l'exécution d'une obligation, la consignation est une sûreté (c'est-à-dire un « security interest »)[57].

(j. Rochon) (C.S.) ; *Boutiques San Francisco inc.* c. *Claude Lingerie inc.*, [2004] ILJ Can. 639. Voir M. CYR, *op. cit.*, note 3, p. 1123 et suiv.

57 La qualification du contrat comme l'une ou comme l'autre est loin d'être évidente dans les juridictions de common law. Voir Ingrid Michelsen HILLINGER, « The Treatment of Consignments in Bankruptcy : Two Codes and their Fictions, at Play and in the Fields, (1989) 6 *Bankruptcy Developments Journal* 73. Les critères d'une vraie consignation, c'est-à-dire celle qui n'est pas un « security interest », sont établis dans la section 9-102(2) de l'article 9 révisé du U.C.C. Au Canada, voir : Brian COLBURN, « Consignment Sales and the Personal Property Security Act », (1981-82) 6 *Can. Bus. Law J.* 40 ; *Re Stephanian's Persian Carpets Limited*, (1980) 34 C.B.R.

Prenons l'hypothèse suivante : **A** est fabriquant de diamants ; **B** est commerçant en diamants. **B** n'a pas les fonds nécessaires pour acquérir un nombre suffisant de diamants dans son inventaire. Alors **A** et **B** s'entendent à ce que **A** livrera à **B** 20 diamants par semaine. Selon leur entente, lorsqu'un acquéreur veut acheter un diamant, **B**, avec la permission de **A**, effectuera la vente. Il paiera **A** le prix de vente moins une somme représentant son profit. De plus, il retournera les marchandises non vendues à **A**. **A** et **B** sont des compagnies constituées à New York, lieu de leurs établissements. Quelques diamants se trouvent maintenant au Québec et **B** est en faillite. Est-ce que l'on reconnaîtrait les droits de **A** sur les diamants en tant que créancier garanti ?

Il nous semble que la démarche devrait être la suivante :

1. Vu qu'il n'y a pas de règle de conflit pour une consignation, la qualification de la transaction comme consignation sera faite par la loi applicable au contrat ;
2. Au cas où il s'agit d'une consignation selon la *lex causae*, le tribunal québécois déterminera si les rapports entre **A** et **B** constituaient une vraie consignation ou une consignation qui était un « security consignment ». Conformément à l'article 3078 C.c.Q., le tribunal qualifiera la transaction selon la loi du for, mais il prendra en considération la loi étrangère ;
3. Au cas où ladite consignation constitue un « security consignment », il faudra la reconnaître comme sûreté nonobstant le fait qu'elle n'est ni hypothèque ni quasi-sûreté selon le droit québécois[58] ;
4. Toutefois, pour être opposable aux tiers au Québec, elle aurait dû être inscrite au R.D.P.R.M. au Québec (en présumant qu'elle a déjà été publiée à New York).

D. *Statutory trust* – Affaire *National Fruit 2000*

Le *Perishable Agricultural Commodities Act*, 1930[59] (ci-après appelé le « P.A.C.A. »), est une loi américaine qui protège les vendeurs de pro-

---

(n.s.) 35 (Ont. S.C. in Bkcy) ; *AccessCash International Inc.* c. *Elliot Lake and North Shore Corp. for Business Development*, [2000] O.J. (Quicklaw) n° 3012 (Ont. S.C. in Bkcy).

58 Dans le même sens, voir : L. DUMONT, *loc. cit.*, note 14 ; M. CYR, *op. cit.*, note 3.

59 *Perishable Agricultural Commodities Act*, (1930) 7 U.S.C. 499e, Sec. 1, 46 Stat. 531.

duits agricoles périssables, en cas de non-paiement, par la création d'une fiducie. Les paragraphes (b) et (c) de l'article 5(c) de la loi prévoient ce qui suit :

> Trust Assets : The Trust is made up of perishable agricultural commodities received in all transactions, all inventories of food or other products derived from such perishable agricultural commodities, and all receivables of proceeds from the sale of such commodities and food or products derived there from. Trust assets are to be preserved as a non segregated « floating » trust. Commingling of trust assets is contemplated.
>
> Trust Benefits : (1) when a seller, supplier or agent who has met the eligibility requirements of paragraphs (e)(1) and (2) of this section transfers ownership, possession or control of goods to a commission merchant, dealer or broker, it becomes eligible to participate in the trust. Participants who preserve their rights to benefits in accordance with paragraph (f) of this section remain beneficiaries until they are paid in full.

Deux moyens sont prévus pour conserver les recours du vendeur, soit un avis aux parties intéressées, soit que la stipulation suivante soit imprimée sur la facture :

> The perishable agricultural commodities listed on this invoice are sold subject to the statutory trust authorized by section 5c of the Agricultural Commodities Act 1930 (7 U.S.C. 499 e c.). The seller of these commodities retains a trust claim over these commodities, all inventories of food or other products derived from these commodities and any receivables or proceeds from the sale of these commodities until full payment is received.

Essentiellement, la loi prévoit que l'acheteur est réputé être le fiduciaire de la propriété en cause ou de son produit, advenant vente, pour le bénéfice du vendeur, jusqu'à concurrence du solde de prix de vente.

Peut-on reconnaître les droits du vendeur dans le cas où les biens ont été situés dans un État où la loi (P.A.C.A.) est en vigueur au moment de la conclusion du contrat, mais qui sont actuellement situés au Québec ?

Cette question vient d'être l'objet d'une décision rendue le 25 juillet 2002 par la Cour supérieure, chambre de la faillite, rejetant la requête en appel de la décision du syndic dans l'affaire *National Fruit 2000 Inc. (en*

faillite) c. *Jamieson Produce Inc.*[60] Dans cette affaire, Jamieson Produce, une compagnie de l'État d'Oregon, où le P.A.C.A. est en vigueur, a vendu avec solde du prix de vente des oignons situés dans l'État de l'Oregon lors de la vente à National Fruit, une compagnie québécoise. Après que National Fruit ait été contrainte à la faillite, à la suite du refus de la proposition soumise à ses créanciers, Jamieson a envoyé un avis au syndic de la faillite revendiquant la propriété d'une somme de 47 192,50 USD représentant le produit de la vente des oignons livrés à National Fruit. Jamieson prétend qu'elle est soit propriétaire, soit bénéficiaire de la balance du prix de vente, et ce, en vertu du P.A.C.A.

Toutefois, devant le registraire, le procureur de Jamieson a fait une admission selon laquelle le trust créé par la P.A.C.A. « ne pouvait avoir application, étant étrangère au droit applicable au Canada » (par. 7).

De même, en appel de la décision du registraire devant le juge Guilbault de la Cour supérieure, il ne fut pas question de reconnaître au Québec les droits de Jamieson (conformément à la P.A.C.A.), mais plutôt de chercher à assimiler les droits de Jamieson à une fiducie conventionnelle ou fiducie présumée ou fiducie par interprétation que le procureur prétendait être reconnue en droit interne québécois vu son admission que la loi étrangère était inapplicable.

Voilà une belle occasion ratée de voir l'approche du nouveau droit international privé québécois.

Au lieu d'une admission de l'inapplication de la loi étrangère, le procureur de Jamieson aurait dû tenter de convaincre la Cour que le « statutory trust » de la P.A.C.A. devrait être reconnu et exécutoire au Québec en vertu de l'article 3125 C.c.Q. ou des articles 3114 et 3082 C.c.Q., c'est-à-dire la loi régissant la relation entre les parties, le tout sans la nécessité de publication de ces droits.

De toute façon, à notre avis, compte tenu de la nature et de la fonction du « statutory trust » créé selon les termes du P.A.C.A., et conformément à la catégorie élargie de « sûreté », il s'agit bel et bien d'une sûreté, une super-sûreté. Comme elle est valide selon la loi en vigueur dans l'État de l'Oregon, où se trouvaient les biens au moment de la conclusion du contrat

---

60 *National Fruit 2000 Inc.* c. *Groupe Fuller Landau Inc.*, n° 500-11-015822-014, 25 juillet 2002, décision du registraire Me Pierre Pellerin ; *Dans l'affaire de la faillite de National Fruit 2000 Inc. et Groupe Fuller Landau Inc. et Jamieson*, C.S. Montréal, n° 500-11-015822-014, 26 novembre 2002, j. Guilbault.

de vente, un tribunal québécois devrait la reconnaître en tant que « sûreté » en vertu de l'article 3102 C.c.Q.

Cependant :

1. La loi du Québec est applicable quant à la nécessité d'une publicité, vu le conflit mobile et la situation actuelle des biens au Québec (art. 3102, al. 2 C.c.Q.) ;
2. Pour être opposable aux tiers, elle doit être publiée ;
3. Les sûretés mobilières étrangères peuvent être inscrites au R.D.P.R.M. en tant que sûretés publiées à l'étranger, à condition d'avoir été publiées à l'étranger. Il faut donner une interprétation large au concept de la publicité et la stipulation impérative imprimée sur la facture conformément à la section 5(e) de la loi devrait constituer cette publicité (Lite !)[61] ;
4. Quoique la question soit controversée, il nous semble que le syndic de la faillite est un tiers ; et
5. L'absence de publicité rend ladite « sûreté étrangère » (« statutory trust ») inopposable au syndic[62].

Une autre possibilité serait de reconnaître que le P.A.C.A. est une loi étrangère d'application nécessaire en vertu de l'article 3079, al. 1 C.c.Q. : « Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut donner effet à une disposition impérative de la loi d'un autre État avec lequel la situation présente un lien étroit. »

Or, en l'espèce :

1. Il y a un lien étroit avec l'État d'Oregon ;
2. Il semble que la loi soit impérative ;
3. Les intérêts que la loi cherche à protéger, à savoir ceux des entreprises agricoles, sont aussi des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au Québec[63] ;

---

61 En attendant une modification législative voulant que la loi étrangère détermine les conditions d'opposabilité aux tiers (voir *infra*), cette interprétation s'impose.

62 Nonobstant le fait que les droits des agriculteurs et des pêcheurs sont opposables sans publicité en cas de faillite, selon l'article 81.2 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*.

63 Voir par exemple la *Loi sur la société de financement agricole*, L.R.Q., 1977, c. S-11.0101.

4. Cependant, selon l'alinéa 2 de l'article 3079 C.c.Q., la prise en considération d'une loi d'application nécessaire d'un État étranger est appréciée en tenant compte des conséquences qui découleraient de son application.

Dans cette optique, il faut arriver à la même conclusion que celle retenue selon la méthode classique. Afin d'assurer la sécurité des transactions, une sûreté étrangère non publiée ne sera pas opposable aux tiers.

Enfin, au cas où nous aurions raison quant à la qualification des droits découlant du P.A.C.A., les institutions canadiennes finançant des opérations des entreprises telle National Fruit devraient constituer un *general security* aux États-Unis de publier la sûreté conformément à la loi étrangère si possible avec inscription au R.D.P.R.M. ou de la publier au Québec, dépendamment des circonstances.

VII. Loi applicable aux effets de la sûreté mobilière créée à l'étranger

A. Elles relèvent de la loi applicable à la validité de la sûreté

La loi qui régit la validité d'une sûreté, que ce soit la *lex rei sitae* (art. 3102 et 3097 C.c.Q. (immeubles)), la loi de l'État de la destination du bien (art. 3103 C.c.Q.) ou la loi de l'État du domicile du constituant (art. 3105 C.c.Q.) au moment de la constitution de la sûreté, doit aussi régir les effets de la sûreté, notamment son contenu, son exécution et les recours des créanciers garantis, avec une intervention restreinte de la loi de la situation actuelle du bien ou du domicile du constituant.

Pour reprendre les arguments au soutien de cette proposition, nous ajoutons ceux-ci :

(i) La version originale de l'avant-projet du Code de 1988 soumettait le contenu de la sûreté à la loi de l'État de la situation actuelle du bien grevé. À la suite des critiques, ce rattachement a été supprimé dans la version de 1994 du Code. Cette suppression illustre bien que l'application de la loi de l'État de la situation actuelle du bien grevé irait à l'encontre de la politique de protéger les droits acquis et ne favoriserait pas le commerce international.

(ii) Le livre X du Code civil contient plusieurs articles soumettant la validité et les effets d'un rapport juridique à différentes lois (par

exemple mariage : art. 3088 et 3089 C.c.Q. ; filiation : art. 3091 C.c.Q.). Il n'y a pas de tel dépeçage pour les matières juridiques où la prévisibilité est importante, comme en matière de contrats et de sûretés mobilières. Ceci porte à croire que le législateur ne voulait pas soumettre les effets d'une sûreté à une loi différente de celle applicable à sa validité.

(iii) La même solution existe dans les juridictions soumises aux P.P.S.A. Celles-ci soumettent de nombreuses mesures affectant les recours du créancier garanti à la loi gouvernant le contrat intervenu entre le créancier et le débiteur[64].

B. Contenu, objet, droits et obligations des parties

C'est donc la *lex rei sitae* au moment de la constitution de la sûreté grevant un meuble utilisé ordinairement dans un seul État, qui détermine l'objet et l'étendue de celle-ci. Notamment, elle répond aux questions portant sur l'inclusion des intérêts et des frais (art. 2667 C.c.Q.) ou sur la possibilité d'hypothéquer la propriété insaisissable ou les meubles du débiteur qui garnissent sa résidence principale (art. 2668 C.c.Q.), à moins que l'on considère qu'il s'agit d'une règle d'application immédiate. Il nous semble que la même solution s'impose pour déterminer si la sûreté subsiste sur les biens remplaçant les biens initialement hypothéqués (art. 2674, 2675, 2677, 2678 et 2679 C.c.Q.).

Si la capacité de constituer une sûreté est régie par la loi du domicile du constituant, celle applicable à sa validité régit certaines prohibitions et restrictions particulières, notamment l'interdiction aux personnes physiques de consentir une hypothèque mobilière sans dépossession, une hypothèque sur une universalité de biens, une hypothèque sur un meuble représenté par un connaissement ou une hypothèque ouverte (art. 2683[65] à 2686 C.c.Q.). La loi applicable à la validité régit aussi le type et la nature de l'obligation garantie par la sûreté (art. 2687 et suiv. C.c.Q.).

Elle régit aussi les droits qu'a le constituant ou le possesseur du bien grevé de jouir des droits qu'il a sur le bien avant le défaut (art. 2733 C.c.Q.), notamment le droit d'user du bien ou de le déplacer et les obligations qui

---

64 Voir l'article 8(1) P.P.S.A. (Ontario).

65 Sauf sur les véhicules routiers et autres biens meubles déterminés par règlement.

en découlent (art. 2734 C.c.Q.). Elle prévoit aussi les droits et les obligations du créancier garanti par une hypothèque mobilière avec dépossession (art. 2736 et suiv. C.c.Q.), notamment son obligation de conserver le bien grevé, les risques de perte du bien ou de son endommagement, ainsi que la responsabilité qui résulte du manquement à ces obligations.

Il n'est pas toujours facile pour les officiers de la publicité des droits de mettre en application ces distinctions que le droit international privé requiert, comme l'exemple suivant le démontre : Une compagnie domiciliée en Ontario constitue une P.P.S.A. *security interest* sur ses créances et l'acte y est publié. Ultérieurement, la compagnie établit son domicile au Québec. La sûreté ontarienne, valablement constituée puisque le constituant y avait alors son domicile, peut être republiée ici en vertu de l'article 3106 C.c.Q. Une fois la sûreté publiée au Québec, les effets de la publicité sont ceux prévus par la loi québécoise. Par effets de la publicité, on devrait entendre l'opposabilité aux tiers et le rang de la sûreté. Cependant, les conditions qui régissent le fond de l'acte juridique ou les effets de la sûreté devraient être celles de la loi ontarienne. Alors la validité et les effets d'une autorisation de percevoir les créances donnée au constituant par le créancier dans l'acte constitutif ainsi que la modalité de retirer l'autorisation sont régies par la loi de l'Ontario et non pas par le droit québécois (art. 2744 et 2745 C.c.Q.). Toutefois, l'opposabilité du droit de percevoir les créances aux tiers, notamment un débiteur québécois d'une de ces créances, est régie par la loi du Québec. Par conséquent, le créancier doit publier un avis de retrait d'autorisation de percevoir lorsqu'il entend percevoir lui-même les créances (art. 2745 C.c.Q.). À défaut de publier cet avis de retrait, l'officier de la publicité devrait accepter de publier une quittance finale de l'hypothèque garantissant la créance hypothécaire par le constituant sans le consentement du créancier étranger.

C. Recours du créancier garanti

Les recours et moyens de se pourvoir devraient aussi être régis par la loi applicable à la validité de la sûreté. Par conséquent, toute disposition du Code civil traitant de l'exécution des obligations du créancier garanti et de ses moyens de se pourvoir, comme celle traitant de la disposition du bien grevé et de l'obligation du créancier garanti d'agir raisonnablement et de bonne foi, ne s'applique qu'aux hypothèques constituées en vertu du droit québécois. Lorsque l'hypothèque est constituée en vertu d'une loi étrangère, c'est cette loi qui devra régir les recours et moyens de se pourvoir du créancier garanti.

En conséquence, si la *lex rei sitae*, en vertu de laquelle la sûreté a été constituée, n'exige pas d'autorisation du tribunal pour exercer la prise en paiement, il n'est pas nécessaire d'obtenir une telle autorisation, même si la situation actuelle du bien meuble corporel grevé est au Québec, et ce, malgré l'article 2778 C.c.Q.[66]

Un des sujets de grande importance est la qualification de la question du droit pour le créancier garanti de réclamer de son débiteur le résidu de sa créance au cas où la valeur du bien repris ou vendu est moindre que la valeur de sa créance. À notre avis, cette question relève de la loi applicable à la validité de la sûreté. Par conséquent, si la sûreté a été créée en vertu d'une loi étrangère permettant à un créancier de réclamer le reliquat, l'article 2782 du Code[67] civil ne devrait pas s'appliquer. La même solution s'impose si un bien meuble grevé a été pris en paiement au Québec.

Pour le même motif, au cas où la *lex causae* ne permet pas de recours par un créancier garanti pour le résidu en cas de vente aux enchères, il ne peut pas intenter une poursuite avec succès contre le débiteur au Québec, et ce, en vertu de l'article 2789 C.c.Q.

C'est la loi applicable à la validité de la sûreté qui devrait régir ces questions, et non pas celle régissant le contrat ou la loi du for.

Si le bien grevé est situé au Québec au moment où le créancier exerce le recours, faut-il appliquer l'article 2779 C.c.Q. qui permet aux créanciers hypothécaires subséquents et au débiteur d'exiger que le créancier abandonne la prise en paiement et procède lui-même à la vente du bien ?

Par exemple, un *security interest* sur un bien meuble corporel a été constitué et publié à New York, lieu de la situation du bien lors de la constitution de la sûreté. Le bien est subséquemment déplacé au Québec et la sûreté est inscrite au registre. Après que le propriétaire ait constitué une deuxième hypothèque sur le même bien en faveur de la Banque de Montréal, le créancier new-yorkais envoie au débiteur un avis de prise en paiement du bien vu son défaut de respecter les obligations selon le contrat new-yorkais.

---

66 Dans le même sens, voir : *German Savings Bank* c. *Tetrault*, (1904) 27 C.S. 447.

67 La qualification de cette question comme relevant du fond ou de la procédure est controversée en common law : *Canadian Acceptance Corporation* c. *Matte*, (1957) 9 D.L.R. 304 (Sask.) ; *Traders Finance Corporation Ltd.* c. *Casseleman*, [1960] R.C.S. 22.

Est-ce que la Banque de Montréal, en tant que deuxième créancier hypothécaire, peut conformément à l'article 2779 C.c.Q. s'opposer à la prise en paiement et exiger que le bien soit plutôt vendu ? D'après nous, cette disposition ne devrait pas porter préjudice aux droits du créancier garanti en vertu de la *lex causae* étrangère qui n'offre pas une telle faculté au créancier subséquent et au débiteur.

D. Exercice des droits du créancier garanti

Même si la loi qui régit la validité d'une sûreté devrait aussi régir ses effets, dans la plupart des cas, l'exercice des droits du créancier garanti a des liens plus étroits avec la loi de l'État de la situation du bien grevé au moment de cet exercice. L'exercice du recours doit être régi par la loi de la situation actuelle d'une sûreté, même créée à l'étranger. Vu l'absence d'un tel article, l'article 3082 C.c.Q. pourrait être invoqué.

Il n'est pas facile de distinguer les questions concernant les recours et celles concernant les moyens de réaliser les recours. Par exemple, la nécessité d'un préavis[68] afin d'exercer un recours devrait être soumise à la loi régissant les effets de la sûreté (c'est-à-dire la loi applicable à sa validité). Dans le cas où un préavis serait exigé en vertu de celle-ci, les questions des délais, du contenu et de la forme relative à ce préavis doivent être régies par la loi de l'État de la situation actuelle du bien (c'est-à-dire la loi qui régit la réalisation de la sûreté). Cependant, si aucun avis n'est requis en vertu de la loi qui régit les effets de la sûreté et qu'un recours est exercé sur des biens situés au Québec, les dispositions qui portent sur les préavis (art. 2757 et suiv. C.c.Q.) ne doivent pas s'appliquer.

Finalement, les formalités relatives à la vente aux enchères et à la vente judiciaire doivent être soumises aux règles prévues par la *lex fori*.

---

68 En droit québécois, un préavis est une mesure préalable au recours des créanciers hypothécaires (art. 2757 et suiv. C.c.Q.), qui n'existe pas dans les provinces des P.P.S.A. Comme le dit M[e] Louis Dumont, *loc. cit.*, note 14, 29, la prudence dicte que dans la mesure du possible, même si la loi étrangère ne prévoit pas l'exigence d'un préavis, le créancier devrait quand même multiplier les précautions et transmettre un tel préavis avec les adaptations nécessaires. Voir *Immeuble Girard Bouchard Inc. (syndic de)*, [1999] R.D.I. 221 (C.S.).

CONCLUSION

À notre avis, une intervention législative s'impose, pour plusieurs questions discutées :

1. Pour les fins des articles 3104 et 3106 C.c.Q., il faut prévoir une règle semblable à celle de la loi de l'Ontario : « A security interest shall be deemed to be perfected under the law of a jurisdiction if the secured party has complied with the law of the jurisdiction with respect to the creation and continuance of a security that is enforceable against the debtor and third parties. »[69]

2. Toute sûreté validement créée à l'étranger peut être publiée au Québec lorsque ou avant que le bien parvienne au Québec ou lorsque le constituant y a son domicile !

[69] Art. 8(2) P.P.S.A. (Ontario).

LE DROIT, AGENT ET REFLET DE CIVILISATION

Jacques TASCHEREAU, c.r.* et Louise THISDALE**

---

* Notaire.

** Juriste.

Qui ne sait pas tirer les
leçons de trois mille ans vit
seulement au jour le jour.
Goethe

Introduction

Après la Première Guerre mondiale (1914-18), l'historien Jacques Bainville posait la question suivante :

> Si l'on vous demandait quel est le mot abstrait qui a été le plus fréquemment prononcé depuis la guerre, pour lequel seriez-vous disposé à parier ? Serait-ce le droit ? Serait-ce la justice ? Serait-ce la démocratie ? Ce serait sans doute l'un de ces trois mots, à moins que ce ne fût celui de civilisation.[1]

L'historien note que le mot « civilisation » dans le sens où nous l'entendons, n'est entré au dictionnaire *Littré* qu'en 1835, et il ajoute plaisamment « qu'ainsi on devrait conclure que Racine et Molière ont fait de la civilisation sans le savoir »[2].

La coïncidence du droit et de la civilisation durant plusieurs millénaires révèle la puissance civilisatrice des lois. Compte tenu de l'ampleur du sujet, les auteurs de cet essai ont dû opérer une sélection des paramètres de leur analyse, qui a été effectuée en fonction de critères à la fois objectifs et subjectifs. Ainsi ont été retenus surtout ceux qui ont trait à la civilisation occidentale dont l'origine remonte aux civilisations mésopotamienne[3], égyptienne, grecque et romaine. Quant à la civilisation romaine, elle a recueilli l'héritage des précédentes et l'a enrichi avant de nous le transmettre.

---

1 Jacques BAINVILLE, *Heur et malheur des français – L'avenir de la civilisation*, Paris, Nouvelle Librairie Nationale, 1924, p. 3.

2 *Id.*, p. 4.

3 « Les vénérables mésopotamiens... nos plus vieux parents discernables en ligne ascendante directe » : Jean BOTTERO, *L'Orient ancien et nous*, Paris, Hachette Littérature, 1998, p. 34.

I. La notion de civilisation

Le phénomène de civilisation transcende la réalité des peuples et des nations qui forment les sociétés humaines : « Une civilisation constitue une sorte de milieu moral dans lequel sont plongées un certain nombre de nations et dont chaque culture nationale n'est qu'une forme particulière. »[4]

Pour qu'une société soit qualifiée de société civilisée, il faut qu'elle puisse représenter « un ensemble suffisamment grand de phénomènes de civilisation, suffisamment nombreux eux-mêmes, suffisamment importants tant par leur masse que par leur qualité »[5].

En réalité, une civilisation marque l'étape la plus achevée de la société humaine. Elle signifie un degré de perfection longuement élaboré, auquel certaines sociétés sont parvenues et qui pour cette raison, sert de modèle de développement à d'autres sociétés humaines.

La tâche de cerner avec précision le concept de civilisation demeure toutefois une opération délicate ; aussi faut-il, dès à présent, faire les distinctions et les observations les plus pertinentes.

Il y a d'abord lieu de différencier les concepts de civilisation et de société humaine ; ils ne sont pas équivalents, bien que mutuellement compatibles. En effet, une civilisation s'incarne dans les sociétés humaines qui en sont imprégnées, alors que « les États n'ont qu'une durée dérisoire au regard des civilisations au long souffle »[6].

De même, civilisation et culture ne sont pas des termes interchangeables, quoique apparentés : « Le mot de civilisation [...] s'accompagne immanquablement du mot de culture qui, pourtant, n'en est pas le simple doublet [...]. Une civilisation [...] est un ensemble de traits, de phénomènes culturels »[7] et – devrions-nous ajouter – de phénomènes sociaux communs à plusieurs sociétés. C'est constater dès lors qu'à l'intérieur d'une même civilisation, plusieurs cultures peuvent être présentes.

---

4 Émile DURKHEIM et Marcel MAUSS, « Notes sur la notion de civilisation », dans *Année sociologique*, t. XV, Paris, 1909-1912, p. 46.

5 *Id.*, p. 47-50.

6 Fernand BRAUDEL, *Écrits sur l'histoire*, Paris, Flammarion, 1969, p. 277.

7 *Id.*, p. 256. En réalité, la confusion provient de l'allemand « *kultur* » et de l'anglais « *culture* » : tous deux sont synonymes de civilisation.

Par ailleurs, on doit souligner que Bainville[8], plus tard l'historien Fernand Braudel[9] et tout récemment Laurent Theis[10] déplorent les définitions lacunaires des dictionnaires et des traités d'histoire. En effet, elles omettent un caractère essentiel de la civilisation, soit la transmissibilité d'un capital, d'un « bagage », à des sociétés ou à des générations de personnes successivement : « La civilisation est un bagage transmissible de génération en génération. »[11]

Certains auteurs indiquent également qu'une pluralité d'attributs constitutifs de civilisation ne ressortent pas des définitions : il s'agit de la concomitance d'une créativité et d'un développement soutenus[12], ainsi que de l'aspect fascinant de la civilisation pour les autres peuples, vu la qualité et la diversité de ses réalisations. Quand de tels éléments s'atténuent et périclitent, une civilisation est alors sur son déclin, comme si elle ne vivait plus que d'un capital improductif.

Une autre caractéristique propre à une civilisation est qu'elle comporte des éléments abstraits qui ne peuvent être répertoriés adéquatement car il s'agit d'une « constellation de forces, de valeurs, d'éléments liés »[13]. En effet, leur énumération serait réductrice de la signification et du contenu de la civilisation puisqu'ils sont le fruit de la pensée, de la réflexion et de la sensibilité des êtres humains au cours des siècles, dirigées vers l'amélioration et le perfectionnement du monde réel ; le développement des connaissances consacrées à la santé, à l'organisation du travail, au commerce et à l'industrie en est un exemple.

Quant aux réalités tangibles, telles que les sites, les monuments, les musées, elles témoignent de l'existence d'une civilisation, mais appartiennent à la société souveraine du territoire de leur emplacement, même si

---

8 J. BAINVILLE, *op. cit.*, note 1, p. 3 et 4.

9 F. BRAUDEL, *op. cit.*, note 6, p. 266.

10 Laurent THEIS, « Qu'est-ce qu'une civilisation ? », (2007) 316 *L'Histoire* 41.

11 Michel TOURNIER, *Le miroir des idées*, Paris, Mercure de France, 1994, p. 161.

12 Le sociologue Sartiaux décrit ainsi ce trait comme étant « le fait de passer d'un état à un autre plus évolué. [...] La vie sociale est un stimulant de l'activité et les acquisitions qu'elle conserve sont le point de départ de nouvelles acquisitions » : Félix SARTIAUX, « Les civilisations », dans Marie LAHY-HOLLEBECQUE (dir.), *L'évolution humaine des origines à nos jours*, t. II, Paris, Librairie Aristide Quillet, 1953, p. 1, aux pages 3 et 4.

13 F. BRAUDEL, *op. cit.*, note 6, p. 258.

l'Unesco peut intervenir à leur sujet pour les classer dans la Liste du patrimoine mondial en vue d'assurer leur préservation et leur bonne conservation. Les grands personnages de l'histoire aussi, comme les écrivains, les penseurs, les artistes, ont une patrie ; et celle-ci s'empresse généralement de revendiquer l'honneur de leur appartenance à la nation.

Finalement, un critère reconnu mais rarement mentionné dans les définitions exige d'une société porteuse de civilisation qu'elle reconnaisse la primauté de *la règle de droit* (*the rule of law*) qui consacre l'État de droit, soit « la situation résultant, pour une société, de sa soumission à un ordre juridique excluant l'anarchie et la justice privée [...] un ordre juridique dans lequel le respect du Droit est réellement garanti aux sujets de droit contre l'arbitraire »[14]. À l'opposé, on peut conclure que n'est pas une société civilisée, suivant nos critères actuels, celle où l'exercice du pouvoir par ses dirigeants excède ce que requiert le bien commun.

II. Le droit, agent de civilisation

Historiquement, la participation du droit à la naissance et à l'épanouissement des civilisations s'est manifestée de deux façons distinctes.

En premier lieu, les grandes écoles de la pensée juridique ont identifié les trois valeurs qui sont à la base de toute civilisation et la condition de sa croissance soutenue. Toutes ces valeurs visent à atteindre le bien commun dans une société et le droit en est l'artisan privilégié.

En second lieu, et toujours sous l'éclairage de cette triade de valeurs, le rôle du droit depuis l'origine des civilisations est de pourvoir de façon ordonnée à l'organisation de la vie sociale à l'intérieur de structures, appelées *fonctions de civilisation*, encadrant les activités humaines, leur gouvernance et leur fonctionnement.

A. Les valeurs fondamentales de civilisation

L'intérêt d'établir des valeurs dans une société est fondamental puisqu'elles traduisent ce qui est propre à satisfaire les êtres humains : « la valeur

14 Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, 7e éd., coll. « Quadrige », Paris, Presses Universitaires de France, 2005, Vo *État*, sens no IV, p. 368.

est la capacité qu'a un objet (chose, idée ou autre personne) de satisfaire un désir, un besoin ou une aspiration humaine. [...] c'est ce qui est bien soit au niveau du destin de la société, soit au niveau du destin personnel »[15].

Le premier apport du droit est celui d'avoir discerné les trois valeurs constituantes de civilisation[16]. Ces trois valeurs-clés sont la sécurité de la collectivité, des personnes et des biens, la justice et le progrès social[17].

Vient ensuite son rôle dans l'assemblage et la conjonction de ces valeurs, opérations qui sont aussi essentielles à l'existence d'une civilisation. En effet, l'absence d'une des trois valeurs ne peut être compensée par les autres, car ensemble elles forment l'armature de la civilisation et constituent la finalité ultime de toute société civilisée qui est de parvenir au *bien commun*[18]. À l'inverse, dans les sociétés qui ne sont pas porteuses de civilisation, on constate la carence ou l'insuffisance en qualité et en continuité de l'une ou l'autre de ces valeurs.

Dans un contexte de civilisation, c'est au droit qu'est confiée la tâche d'assurer, notamment par la législation, la protection et l'épanouissement des trois valeurs. À cette fin, il doit établir et aménager des cadres, des responsabilités et des modes d'intervention suivant un agencement qui tient compte de tous les facteurs à l'œuvre dans une société et est destiné à satisfaire les besoins des collectivités ; d'où le rôle du droit dans les fonctions de civilisation.

---

15 Alain BIROU, *Vocabulaire pratique des sciences sociales*, Paris, Éditions économie et humanisme – Éditions ouvrières, 1966, V° *Valeur*, p. 354.

16 Les théories anciennes des trois écoles de la pensée juridique (formaliste, idéaliste et réaliste) ont été réunies et unifiées au XXe siècle dans la *théorie des valeurs sociales* élaborée et articulée par des auteurs européens tels que Roubier, Bonnard et Radbruch : Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2e éd., Paris, Recueil Sirey, 1951, p. 317.

17 La notion de progrès social signifie ici le « progrès intellectuel, technique, moral, social » : F. BRAUDEL, *op. cit.*, note 6, p. 259.

18 Jean-Louis BAUDOUIN et Yvon RENAUD, *Code civil du Québec – Civil Code of Quebec*, éd. 2005-2006, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. xiii.

B. Les fonctions de civilisation

Dans l'accomplissement de sa mission civilisatrice, et sous l'éclairage des valeurs fondamentales identifiées plus haut, le droit intervient au sein des structures sociales et des activités multiples découlant de la vie communautaire ; il convient d'en faire l'analyse dès à présent.

Il y a avantage à regrouper au préalable, par familles, les sphères d'activités caractéristiques de la vie en société et pour ce faire, nous nous inspirerons librement de la classification élaborée par l'historien et sociologue Sartiaux : « La question consiste à définir par l'observation, dans l'ensemble de l'activité sociale, des fonctions et des groupes de fonctions apparentées, distincts sans être indépendants. »[19]

Un ordonnancement logique consiste à distinguer cinq familles composantes de civilisation, désignées sous le vocable « fonctions de civilisation ». Celles-ci sont les suivantes : 1) les fonctions intellectuelles et morales ; 2) les fonctions techniques ; 3) la fonction financière ; 4) la fonction de jeu ; 5) les fonctions de direction et de coordination. La cinquième fonction, où logent le droit et le pouvoir politique, joue un rôle particulier en ce qu'elle chapeaute les quatre premières.

Deux remarques s'imposent ici. D'abord, chacune de ces fonctions se divise en plusieurs sous-fonctions. En outre, toutes les fonctions de civilisation sont interdépendantes au niveau de leurs activités et de leur développement. De même, à l'intérieur de la cinquième fonction, le pouvoir politique utilise le droit comme instrument privilégié d'intervention dans les quatre premières.

Toutefois, il aura fallu procéder à la légitimation des pouvoirs de l'État afin qu'il puisse jouer son rôle efficacement dans la société. La vie communautaire d'une société civilisée a en effet comme pierre d'assise une donnée organisationnelle impérative, soit une ou des lois constitutionnelles agréées des citoyens ou résultant de la coutume, auxquelles le pouvoir politique doit se conformer pour justifier son intervention dans les autres fonctions de civilisation et ainsi établir la force exécutoire des autres catégories de lois. Le régime constitutionnel est le fondement essentiel du rôle du droit dans les fonctions de civilisation. Certes, l'État pourra déléguer certaines juridictions, mais des contrôles et des délimitations des pouvoirs

---

19 F. SARTIAUX, *loc. cit.*, note 12, 8.

doivent être fixés aux organismes délégataires comme à l'État. À cet égard, Montesquieu écrit : « Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. »[20] L'auteur suggère la règle de la division des pouvoirs comme moyen approprié pour y arriver. Au surplus, l'État peut voir l'exercice de ses pouvoirs restreint par une charte des droits des citoyens lui imposant des frontières additionnelles. Dès lors, ainsi que l'exprime Kelsen : « L'État est un sujet de droit qui présuppose le droit, parce qu'il est soumis à celui-ci, obligé et habilité par lui. »[21]

Fort de la légitimité des pouvoirs qui lui ont été conférés, l'État doit veiller à ce que le droit soit en mesure de remplir adéquatement sa mission civilisatrice qui est d'assurer la protection et l'épanouissement des valeurs fondamentales de civilisation citées précédemment (la sécurité des personnes, des collectivités et des biens, la justice et le progrès social).

Ainsi le droit agit directement sur les trois valeurs par les lois pénales et civiles. C'est en effet grâce à elles que le droit assure la sécurité des citoyens, des collectivités et des biens et définit à cette fin les normes d'un comportement raisonnable et acceptable dans la société. Quant aux lois civiles, elles accompagnent les citoyens de la naissance à la mort et veillent à l'équilibre dans les rapports familiaux, les relations contractuelles et le droit à la réparation du préjudice subi.

D'autre part, grâce à son intervention dans les autres fonctions de civilisation, le droit est en mesure de contribuer au développement des trois valeurs de civilisation. À titre d'exemples, les lois sur l'éducation et le droit d'auteur agissent dans le cadre des fonctions intellectuelles et morales ; celles sur la santé, l'environnement et les communications dans les fonctions techniques ; la fonction financière est quant à elle visée notamment par les lois fiscales et celles qui gouvernent les institutions et activités financières publiques et privées ; enfin, la fonction de jeu est encadrée par les lois relatives aux loisirs, aux sports et aux loteries.

---

20 Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de MONTESQUIEU, *De L'Esprit des lois*, XI.4. *L'Esprit des lois* fut publié pour la première fois en 1748 (la référence à *L'Esprit des lois* comporte un premier chiffre, romain, qui représente le numéro du livre et le second celui du chapitre, exception faite de la préface rédigée par Montesquieu). Nous avons utilisé l'édition suivante : *Montesquieu – Œuvres complètes*, Paris, Éditions du Seuil, 1964, p. 528 et suiv. (ci-après, MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*).

21 Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 377.

Dans la fonction de direction et de coordination qui est l'attribut du pouvoir politique et du droit, le rôle qui incombe au droit est celui d'instaurer, les modes de recours et de règlement des litiges entre l'État et ses ressortissants. Le droit assume également la responsabilité de disposer des autres conflits qui peuvent survenir à l'intérieur de la fonction ; ces conflits peuvent être de plusieurs ordres, ils incluent les conflits de juridiction et ceux qui, dans un recours ultime, donnent lieu à une consultation auprès des citoyens.

L'histoire nous confirme la puissance civilisatrice des lois et la contribution soutenue des institutions juridiques au développement des civilisations qui se sont succédé. En effet, la haute qualité des plus anciennes civilisations est illustrée par l'importance de leurs créations juridiques, particulièrement dans le domaine des valeurs fondamentales de sécurité et de justice. Déjà au IVe millénaire, en Mésopotamie :

> les contrats sur tablettes [...] révèlent un droit privé remarquablement évolué, en particulier pour tout ce qui concerne les engagements et les transferts de biens. La nécessité d'une fixation écrite [...] conférait une sûreté et une stabilité efficaces [...]. Ces contrats [...] avec la définition précise des parties, de l'objet et des témoins de leur accord, contiennent certaines affirmations qui correspondent à une analyse aiguë de l'acte envisagé en tant qu'acte juridique, des intérêts en cause et des contestations à prévoir. Plus impressionnants encore [...] sont les codes dont certains remontent à la fin du IIIe millénaire.[22]

Le plus célèbre de ces codes est celui de *Hammourabi*, roi de Babylone, qui comportait 282 articles gravés sur une stèle basaltique de 2,25 mètres ; sur la face antérieure du sommet, un relief montre le roi debout, en posture d'adorant, devant Shamash, dieu de la Justice. Ce code a servi de modèle aux lois de plusieurs États hors Mésopotamie. Les lois de Moïse et de Salomon chez les Hébreux, puis, chez les Grecs, la réforme des lois d'Athènes par Solon[23] ont également marqué profondément ces peuples.

Chaque civilisation a ainsi laissé un héritage juridique dont elle s'enorgueillissait, et où elle a inscrit et transmis son interprétation des valeurs

---

22 André AYMARD et Jeannine AUBOYER, *L'Orient et la Grèce antique*, coll. « Histoire générale des civilisations », t. 1, Paris, P.U.F., 1961, p. 157.

23 Christophe PÉBARTHE, *Introduction à l'histoire grecque*, Paris, Belin, 2006, p. 68 et 69. L'auteur fournit un aperçu de la réforme sociale, politique et juridique entreprise par Solon, à Athènes, au début du VIe siècle avant notre ère.

fondamentales de sécurité, de justice et de progrès social. L'exemple du droit romain est significatif à cet égard ; on retrouve chez les Romains la fierté et même la volonté de transmettre leur vision. Un des résultats majeurs de cette démarche a été sa pénétration jusqu'à nos jours dans les institutions juridiques du monde occidental[24]. On en a pour preuve les auteurs qui, appelés à faire l'exégèse de notions du droit civil actuel, fondent souvent encore leur analyse et leur interprétation sur des œuvres majeures du droit romain[25], notamment les *Institutes* du jurisconsulte Gaïus (IIe siècle apr. J.-C.) et surtout le *Corpus juris civilis* de l'empereur Justinien (VIe siècle de notre ère), ce dernier ouvrage – inspiré en partie de Gaïus – étant une vaste compilation et une refonte structurées de textes et d'écrits juridiques de sources et d'origines diverses concernant le droit en vigueur dans l'empire. Grâce à l'œuvre élaborée sous la gouverne de Justinien, le droit romain s'est répandu en Europe et dans le monde byzantin, a traversé les civilisations, les continents et les siècles où il fut commenté, remanié et soumis à des adjonctions successives. La résilience et la pérennité du droit romain sont remarquables, son héritage et sa puissance civilisatrice immenses, pour avoir influencé la législation de plusieurs peuples. Ainsi en France, les travaux des grands commentateurs du droit romain – Cujas, Domat et Pothier – ont inspiré les auteurs du *Code civil des Français* (suivant son appellation d'origine)[26]. Sans doute est-il superflu de préciser que le droit civil québécois, largement tributaire du droit français, est somme toute l'aboutissement d'une très longue évolution.

La transmission de l'héritage juridique s'est également cristallisée au profit des générations suivantes dans les brocards de droit. Au XIe siècle, l'évêque allemand Burckart avait alors recueilli et choisi pour l'utilité du peuple, des adages tirés surtout du droit romain, soit des formulations brèves, imagées et faciles à retenir, illustrant les principales règles de droit. Ce procédé fut imité dans toute l'Europe, le répertoire des brocards étant enri-

---

24 L'historien Nigel Rodgers formule ainsi l'héritage du droit romain : « The Romans prided themselves on the excellence of their laws [...]. Roman law is one of Rome's great glories and legacies. » Nigel RODGERS, *The Rise and Fall of Ancient Rome*, Londres, Lorens Books – Anness Publishing, 2004, p. 99.

25 On pourrait citer plusieurs exemples, voici l'un d'entre eux : Benoît MOORE, « La classification des sources des obligations : courte histoire d'une valse-hésitation », (2002) 36 *R.J.T.* 275.

26 « Pour les hommes de la Révolution, le droit romain était la référence suprême. » : Robert BADINTER, *Le plus grand bien...*, Paris, Fayard, 2004, p. 18.

chi de maximes du droit coutumier en vigueur. Certains sont encore cités par les juristes, et parfois même par les citoyens, rappelant ainsi des coutumes ou des lois dont l'origine peut remonter à des temps anciens.

III. Le droit, reflet de civilisation

Le droit étant intimement lié au sort des civilisations, nous avons vu qu'il témoigne généralement de leur grandeur ; historiquement, la qualité du droit est le signe de l'état de santé d'une société civilisée et en ce sens, il est non seulement un agent de la civilisation mais également son reflet.

Toutefois, si le droit est un levier des civilisations, il est parfois l'instrument de leur dureté et de leurs égarements. Le droit se transforme alors en un élément délétère au sein des civilisations et heurte des principes que nous considérons fondamentaux, suivant nos critères actuels de rationalité, de justice et d'équité.

Les sacrifices humains, la torture, le supplice du feu, les génocides, les persécutions religieuses et raciales, la tyrannie, l'esclavage, le maintien du statut inférieur de la femme et bien d'autres tares, toutes aussi inacceptables, jalonnent le parcours historique de l'humanité et entachent le blason des grandes civilisations : des coutumes et des lois en témoignent. La liste en est longue et l'Histoire, rompue aux rapports des hommes entre eux, atteste la réalité de ces coutumes et mœurs barbares et évoque l'antagonisme et la malveillance inhérentes à la nature humaine.

L'Histoire confirme également que les hommes, incluant les législateurs et les magistrats, vont jusqu'à se servir du droit comme moyen d'assurer le maintien de leurs excès, de leurs passions et de leurs préjugés collectifs :

> Les hommes, dans le fond raisonnables, mettent sous des règles leurs préjugés mêmes [...]. Les lois rencontrent toujours les passions et les préjugés du législateur. Quelquefois elles passent au travers, et s'y teignent ; quelquefois elles y restent et s'y incorporent [...]. Les préjugés des magistrats ont commencé par être les préjugés de la nation.[27]

---

[27] MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, *op. cit.*, note 20, XXVIII.23, XXIX.19 et préface. C'est l'explication de cette étonnante réflexion de l'auteur qu'on retrouve dans *Mes Pensées :* « On aime à lire les livres des Anciens pour voir d'autres préjugés » ; MONTESQUIEU, *Mes Pensées*, n° 845 : ce texte fut rédigé par Montesquieu entre 1720 et 1755 et publié pour la première fois à la toute fin du XIXe siècle (1899-1901). Chaque *Pensée* porte un numéro que nous mentionnons sous n°. Nous avons utilisé

Pour opérer un revirement de pareilles situations, il faut compter sur la vision, le courage et la ténacité de ceux que Montesquieu qualifiait de « bons législateurs » : « Je prie qu'on fasse un peu d'attention à l'étendue de génie qu'il fallut à ces législateurs pour voir qu'en choquant tous les usages reçus, en confondant toutes les vertus, ils montreraient à l'univers leur sagesse. »[28]

À notre époque, marquée par de profondes mutations en cours et de grands bouleversements démographiques, politiques, sociaux et économiques, les juristes ont la responsabilité d'user de prudence et de vigilance pour que soit respectée la mission du droit – rattachée au *bien commun* – et que le droit ne soit pas instrumentalisé au profit d'intérêts particuliers qu'ils soient de nature politique, dogmatique ou autre.

IV. La contribution de Montesquieu à la modernité du droit

Parmi les jurisconsultes et les auteurs qui ont le plus contribué à l'avancement du droit et, en conséquence, au progrès de la civilisation, Montesquieu occupe sans contredit une place exceptionnelle qu'il partage avec d'autres grands auteurs, tels que Bodin, Cujas, Domat et Pothier. Il a donné au droit un souffle nouveau qui va s'épandre dans la législation et les institutions politiques des nations occidentales.

Son œuvre principale, *De l'Esprit des lois*, qui eut, dès sa parution en 1748, un retentissement considérable dans toutes les cours d'Europe et au sein du Parlement de Londres et inspira les rédacteurs de la Constitution française de 1791 et ceux de la Constitution américaine (1787), marque à compter de ce moment un tournant dans la philosophie politique et la pensée juridique.

Les principes qui guideront sa vie et son œuvre sont : la liberté et l'égalité, la tolérance et la modération. Faut-il rappeler que les arguments qu'il invoque à l'appui de ses idées l'ont été à une époque certes qualifiée de *siècle des Lumières*, mais où pourtant dominait la puissance de la monarchie absolue et de l'Église catholique. Ce qui suit est un bref aperçu de sa pensée.

---

l'édition suivante : *Montesquieu – Œuvres complètes*, Paris, Éditions du Seuil, 1964, p. 853 (ci-après, MONTESQUIEU, *Mes Pensées*). Il vécut de 1689 à 1755 ; il est connu surtout comme philosophe, mais il fut également avocat, conseiller et ensuite, président à mortier au Parlement de Bordeaux.

28 MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, *op. cit.*, note 20, IV.6.

Sur la séparation des pouvoirs – Pour éviter les abus et l'arbitraire à l'égard des citoyens, les pouvoirs de l'État doivent être répartis entre :

> trois sortes de pouvoirs : la puissance législative, la puissance exécutrice [...] et la puissance de juger [...]. Lorsque dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutrice, il n'y a point de liberté [...]. Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice.[29]

S'il en est venu à préconiser cette forme d'organisation politique, c'est à la suite d'observations empiriques que Montesquieu a effectuées dans divers pays d'Europe, particulièrement en Angleterre, pour connaître le fonctionnement de leurs institutions. Il considérait que la séparation des pouvoirs présente la meilleure garantie pour le bien commun, la liberté, la justice et le respect des droits et qu'elle prévient l'arbitraire, les abus et les conflits d'intérêts : « Si [la puissance de juger] était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire : car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. »[30] De plus, dans ce même régime constitutionnel, soutient-il, le pouvoir exécutif doit être distinct du pouvoir législatif, sauf en ce qui concerne le droit de veto[31].

Une juste évaluation de *L'Esprit des lois* entraîne l'obligation de reconnaître que son auteur partageait sous quelques aspects le conservatisme de ses contemporains, notamment le traditionalisme de la noblesse attachée à ses privilèges. Aussi maintient-il, dans sa théorie de la division des pouvoirs, la nécessité que la noblesse héréditaire soit l'un des deux agents exerçant la puissance législative. De même, Montesquieu écarte la juridiction des tribunaux de droit commun lorsqu'un membre de la noblesse est en cause dans un procès[32].

---

29 *Id.*, XI.6.

30 *Id.*

31 Ce qu'il appelle « la faculté d'empêcher » : *id.*, XI.6.

32 Montesquieu préconise que la juridiction en soit alors confiée à un tribunal composé de ses pairs : *id.*, XI.6. D'autres réserves doivent être faites à propos de sa « théorie des climats » : on lui reproche de reprendre à son compte la thèse déjà amorcée par Aristote et développée par Jean Bodin : Pierre MESNARD, *Dictionnaire des philosophes*, Paris, Encyclopedia Universalis et Albin Michel, 1998, V° *Jean Bodin*, p. 244.

Sur la tolérance religieuse et la non-ingérence – Les opinions de Montesquieu portant sur ce thème, dont la problématique a traversé les âges jusqu'à nos jours sans qu'on n'ait pu y apporter une solution définitive et satisfaisante pour tous les êtres humains, sont encore d'actualité au XXIe siècle : « Lorsque les lois d'un État ont cru devoir souffrir plusieurs religions, il faut qu'elles les obligent aussi à se tolérer entre elles [...]. Il est donc utile que les lois exigent de ces diverses religions, non seulement qu'elles ne troublent pas l'État, mais aussi qu'elles ne se troublent pas entre elles. »[33]

Par ailleurs, l'auteur préconise la franche séparation des juridictions religieuse et civile. L'analogie avec notre époque est étonnante :

> Qu'il ne faut pas régler les principes du droit qu'on appelle canonique les choses réglées par les principes du droit civil [...]. Ainsi, quelque respectables que soient les idées qui naissent immédiatement de la religion, elles ne doivent pas toujours servir de principe aux lois civiles, parce que celles-ci en ont un autre, qui est le bien général de la société.[34]

Sur l'esclavage – Montesquieu condamne de façon péremptoire l'esclavage au motif qu'il est contraire au principe de l'égalité des races humaines[35] et qu'il est une forme d'avilissement de la nature humaine : « il est souverainement important de ne point abattre ou avilir la nature humaine, il ne faut point d'esclaves [...]. La liberté de chaque citoyen est une partie de la liberté publique »[36].

Une telle prise de position sur un sujet aussi délicat à son époque, était hardie puisque contraire aux intérêts économiques en jeu : qu'il suffise de mentionner ceux des marchands d'esclaves, des prêteurs sur gages, des bourgeois nantis et des États colonisateurs eux-mêmes. Mais au-delà de ces considérations, il maintenait son opinion, car pour lui : « L'esclavage est contre le droit naturel, par lequel tous les hommes naissent libres et indépendants. »[37]

---

33 MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, *op. cit.*, note 20, XXV.9.

34 *Id.*, XXVI.8 et XXVI.9.

35 *Id.*, XV.5.

36 *Id.*, XV.1 et XV.2.

37 MONTESQUIEU, *Mes Pensées*, *op. cit.*, note 27, nº 1935.

<u>*Sur la confection des lois*</u> – S'inspirant de Solon à qui on avait demandé si les lois qu'il avait données aux Athéniens étaient les meilleures et qui avait répondu : « Je leur ai donné les meilleures de celles qu'ils pouvaient souffrir »[38], Montesquieu insiste sur le principe suivant lequel les lois doivent être modérées et tenir compte des limites de la capacité naturelle des hommes à les observer : « Je le dis, il me semble que je n'ai fait cet ouvrage que pour le prouver : l'esprit de modération doit être celui du législateur ; le bien politique, comme le bien moral, se trouve toujours entre deux limites. »[39]

Les lois doivent aussi être stables, d'après Montesquieu, et il met en garde les législateurs contre les écueils que présente la correction d'une mauvaise loi[40] ; et poursuivant sur le thème de *la composition des lois*, il fustige « les lois inutiles [car elles] affaiblissent les lois nécessaires, [et aussi] celles qu'on peut éluder [parce qu'elles] affaiblissent la législation »[41]. Par ailleurs, il manifeste à plusieurs reprises sa réprobation lorsque certains peuples ont utilisé la formulation d'une bonne loi pour la dévier de sa finalité et en faire un mauvais usage.

Conférant une nouvelle responsabilité aux législateurs, Montesquieu enjoint ceux-ci d'avoir comme préoccupation majeure d'édicter des lois à caractère préventif plutôt que punitif : « Un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes qu'à les prévenir ; il s'appliquera plus à donner des mœurs qu'à infliger des supplices. »[42]

En outre, l'auteur énonce de nombreuses autres règles dont pourraient certainement s'inspirer nos législateurs actuels[43].

En dépit de sa remarquable contribution, Montesquieu a dû affronter – en France – les nombreuses contestations de ses détracteurs et subir les accusations des dévots qui l'ont conspué à la suite de la publication de *L'Esprit des lois*. Le livre fut condamné par la Sorbonne, et en réponse aux

---

38 Solon est cité par MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, *op. cit.*, note 20, XIX.21.

39 *Id.*, XXIX.1.

40 *Id.*, préface et XXIX.16 : « Il ne faut point faire de changement dans une loi sans une raison suffisante [...]. On sent les abus anciens, on en voit la correction ; mais on voit encore les abus de la correction même. »

41 *Id.*, XXIX.16.

42 *Id.*, VI.9.

43 *Id.*, XXIX.16.

remontrances de l'Église, Montesquieu fut forcé de publier une défense de son œuvre tout en nuançant ses propos. Mais les protestations de l'auteur et les accommodements concédés par lui n'empêchèrent pas que le livre soit mis à l'Index (1751).

Malgré les rebuffades et l'oppression dont Montesquieu a été la victime de la part du pouvoir politique et ecclésiastique en France, ses contemporains les plus éminents ont reconnu l'importance de sa pensée novatrice et la répercussion durable de son œuvre sur la science juridique et sur le développement de la civilisation occidentale.

Parmi ceux-ci, on peut évoquer Condorcet qui le reconnaît comme un initiateur des droits de l'homme. Également digne de mention, d'Alembert évalue comme suit la portée de son oeuvre : « Il s'éleva par degrés au plus beau titre qu'un sage puisse mériter, celui de législateur des nations [...]. Montesquieu a été parmi nous pour l'étude des lois, ce que Descartes a été pour la philosophie. »[44] Et enfin Voltaire qui, en une formule lapidaire, évoque la grandeur de l'œuvre de Montesquieu : « Le genre humain avait perdu ses titres ; M. de Montesquieu les a retrouvés et les lui a rendus. »[45]

Malgré quelques réserves – dont certaines ont été précédemment indiquées ici – elles ne doivent pas voiler le caractère novateur de *L'Esprit des lois* ; ce caractère prédomine nettement. En plus des arguments déjà invoqués sur son modernisme, « l'idée du Montesquieu sociologue est généralement admise [et les sociologues] E. Cassirer ou R. Aron en font l'introducteur d'une sociologie compréhensive, [et le précurseur de Durkheim et Mauss] »[46].

---

44 Jean Le Rond d'ALEMBERT, « Éloge de Montesquieu » , (1755) dans *Montesquieu – Œuvres complètes*, Paris, Éditions du Seuil, 1964, p. 25 et 26.

45 L'hommage rendu à Montesquieu par Voltaire est reproduit dans *Le nouveau dictionnaire des œuvres*, 2e éd., t. II, Paris, Laffont-Bompiani, 1994, V° *Esprit des lois*, p. 2386.

46 Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, V° *Montesquieu*, par Catherine LARRÈRE, p. 400. Notre contemporain, l'écrivain Jean d'Ormesson, ajoute : « Il annonce Hegel et Max Weber. Par sa conception des lois conditionnées à la fois par la géographie et l'histoire, il annonce Braudel » : Jean d'ORMESSON, *Une autre histoire de la littérature française*, Paris, Nil éditions, 1997, p. 135.

Il y a plus encore ; Montesquieu souhaitait une fédération des États nationaux d'Europe – modèle que suivirent les États-Unis dans leur constitution. En Europe, on réalise cette fédération d'États par étapes successives depuis la dernière moitié du siècle dernier et le début des années 2000. Montesquieu désigne cet assemblage d'États comme une « république fédérative : cette forme de gouvernement est une convention par laquelle plusieurs Corps politiques consentent à devenir citoyens d'un État plus grand qu'ils veulent former. C'est une société de sociétés, qui en font une nouvelle, qui peut s'agrandir par de nouveaux associés qui se sont unis »[47]. Il poursuit en plaidant les avantages et rejette les arguments à leur encontre.

Quel jugement porterait aujourd'hui Montesquieu sur sa descendance institutionnelle ? Répondre à cette question serait sans doute prématuré, mais on peut néanmoins soutenir que *L'Esprit des lois* confirme le caractère visionnaire de sa pensée sur le développement virtuel des civilisations. C'est peut-être ce que l'écrivain Jean d'Ormesson voulait souligner en 1997 – alors que l'Union européenne devenait une réalité politique – lorsqu'il écrivait : « Avec toutes ses faiblesses, *l'Esprit des lois* portait l'avenir. »[48]

V. LE *CODE CIVIL DU QUÉBEC* ET LES VALEURS FONDAMENTALES

Les auteurs Baudouin et Renaud font remarquer dans leur introduction au *Code civil du Québec* que :

> Le Québec est, à l'heure actuelle [...], le seul pays au monde à avoir réussi la recodification de sa loi civile [...]. Le *Code civil du Québec* constitue un véritable pacte social de par les grandes orientations qu'il a prises et s'inscrit dans une perspective de continuité avec le passé déjà riche du droit civil québécois.[49]

En filigrane tout au long de la réforme du Code civil, se profilait la préoccupation du législateur « d'en revoir l'ensemble de façon à ce qu'il reflète les valeurs de la société québécoise contemporaine [...] les muta-

---

47 MONTESQUIEU, *L'Esprit des lois*, *op. cit.*, note 20, IX.1.

48 J. d'ORMESSON, *op. cit.*, note 46, p. 136.

49 J.-L. BAUDOUIN et Y. RENAUD, *op. cit.*, note 18, p. xxiv. *Cf.* Jacques TASCHEREAU, « Notre droit privé : son fondement, ses sources et son évolution », (1995-96) 98 *R. du N.* 495, 506.

tions profondes [et les] valeurs qui ont émergé dans la société et que l'on voudrait voir se développer davantage »[50]. Mais le droit antérieur n'a pas pour autant été évacué de la réforme qui « s'inscrit aussi dans la continuité du droit antérieur ; elle en constitue le prolongement, la bonification, la consolidation »[51].

Qu'il suffise de mentionner – suivant un choix bien arbitraire – les règles innovatrices de la disposition préliminaire, de l'administration du bien d'autrui, du droit international privé, de certains patrimoines d'affectation, de la notion relative à l'exercice des droits civils et du Livre des personnes pour évoquer l'ampleur de cette réforme et les revirements qu'elle a provoqués. On se contentera dans le présent essai d'aborder sommairement quelques-unes des dispositions nouvelles sous l'angle de la contribution du *Code civil du Québec* au processus continu de protection et d'épanouissement des trois valeurs fondamentales – soit la sécurité, la justice et le progrès social – dans la collectivité[52].

L'inclusion de la référence expresse à la *Charte des droits et libertés de la personne* dans la disposition préliminaire du nouveau code est l'indicateur d'une orientation délibérée d'harmoniser les nouvelles règles avec celles de la *Charte* ; les articles 1, 3, 10 et 35 C.c.Q. en sont des exemples. Mais elle consacre aussi le fait que les dispositions du Code trouvent leur prolongement naturel dans l'esprit de la *Charte*[53].

L'émergence, dans notre société, de nouvelles pratiques commerciales, le processus constant de transformation des pratiques préexistantes, la

---

50 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. I, Québec, Publications du Québec, 1993, p. V et VI.

51 *Id.*, p. VI.

52 *Cf. id.*, p. VI et IX : le législateur traduit le processus en ces termes : « une meilleure adéquation [du Code civil] au présent [pour qu'il] reflète le contrat social de notre société de liberté et de démocratie ».

53 *Cf. Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, art. 50 et 51 (ci-après, *Charte des droits et libertés*) ; *cf. Syndicat Northcrest* c. *Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, 590 (j. Bastarache). À propos de l'intention du législateur, voir : Alain-François BISSON, « La disposition préliminaire du *Code civil du Québec* », (1999) 44 *R.D. McGill* 539, 556. Concernant les conséquences d'une mise en œuvre discutable de l'harmonie recherchée entre la Charte et le C.c.Q., voir : Daniel GARDNER, « Obligations », (2006) 108 *R. du N.* 75, 88-90.

multiplicité des situations favorisant les échanges économiques et financiers, les diverses modalités de détention des biens de même que l'apparition de nouvelles technologies avaient depuis longtemps démontré que les règles du *Code civil du Bas Canada* étaient inadaptées à ces réalités. Il était dès lors légitime d'appréhender les conséquences négatives des lacunes de l'ancien code sur l'équilibre social ; la protection des valeurs fondamentales était en effet sérieusement mise en péril au sein de la société québécoise.

Il s'imposait par conséquent d'introduire dans le *Code civil du Québec* un ensemble de règles consacrées à ces matières ; celles sur l'administration du bien d'autrui[54] en font partie de même que plusieurs autres dispositions du Code et des lois statutaires qui entrent dans le créneau de l'amélioration de la sécurité se rapportant aux liens économiques et financiers et à la circulation des personnes et des biens. Toutefois, des événements pénibles de la réalité économique retentissent régulièrement dans l'actualité et démontrent que l'orientation prise par le législateur se révèle insuffisante ; cela exige donc une plus grande vigilance pour sauvegarder la légitimité de la valeur fondamentale de sécurité. Du reste, si l'on considère la croissance explosive et débridée du domaine des communications propulsée par l'essor technologique, ses effets sur le droit à la libre expression et au respect de la vie privée invitent à la prudence et commandent une protection accrue de ces droits – compte tenu du droit fondamental à la sauvegarde de la dignité humaine[55].

La législation de 1991 dans le domaine de la fiducie et du droit international privé comporte un impact heureux. L'élargissement du champ d'application de la fiducie a en effet permis d'en faire désormais un ins-

---

54 *Cf.* MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 50, p. VII et 774. Pour une analyse remarquable des dispositions du C.c.Q. portant sur l'administration du bien d'autrui et pour un exposé sur l'inadéquation du *Code civil du Bas Canada* en cette matière, voir : Madeleine CANTIN CUMYN, *L'administration du bien d'autrui*, coll. « Traité de droit civil », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2000.

55 Pour une étude de l'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques et la nécessité de leur encadrement par le droit de même que les sources de changement, voir : Pierre TRUDEL, « Notions nouvelles pour encadrer l'information à l'ère du numérique : l'approche de la Loi *concernant le cadre juridique des technologies de l'information* », (2004) 106 *R. du N.* 287.

trument actualisé de planification de la vie familiale, économique et sociale[56]. Quant au droit international privé, la carence des textes législatifs sous le droit antérieur était – malgré l'apport de la doctrine et de la jurisprudence – source d'insécurité et d'instabilité pour les intérêts et les relations en cause[57]. Les nouvelles règles apparaissent comme une solution mieux adaptée aux situations porteuses d'un élément d'extranéité – plus fréquentes qu'auparavant – et reliées à la mobilité des personnes dans un contexte fort complexe de mondialisation des emplois, des échanges et des relations.

On a évoqué précédemment l'objectif poursuivi par toute société civilisée : parvenir au bien commun par le développement progressif des valeurs fondamentales de justice, de sécurité et de progrès social en vue d'un ordre social harmonieux. Participant à la même démarche, le droit doit viser un juste équilibre dans les rapports individuels et collectifs par l'établissement de normes de conduite conformes à cet idéal.

Parmi ces normes, on retrouve le principe de la bonne foi « qui constitue l'une des pierres angulaires du nouveau code »[58] civil. La revalorisation de ce principe – que le *Code civil du Québec* restitue – lui attribue un rôle essentiel et omniprésent dans l'appréciation de l'exercice des droits civils et du déroulement des actes et des relations juridiques, lesquels doivent dorénavant prendre place dans un contexte global de justice et d'équité : « Équivalent juridique de la bonne volonté morale et intimement liée à l'application de l'équité, la bonne foi est une notion qui sert à relier les principes juridiques aux notions fondamentales de justice. »[59] Le *Code civil du Bas Canada* faisait certes appel à la notion de la bonne foi, mais c'était sous forme d'interventions ponctuelles au lieu d'une prescription générale et fondamentale.

---

56 Pour l'analyse d'une telle métamorphose et de ses conséquences, voir : Jacques TASCHEREAU, « Les fiducies entre vifs », (1995) *C.P. du N.* 285. Du même auteur, voir aussi les textes suivants : *Les fiducies testamentaires : notions et règles pratiques en droit civil et fiscal*, Montréal, Chambre des notaires du Québec – Programme de formation continue, 1996 ; « Les fondations », [1997] 1 *C.N.Q.* 149 ; « Le testament fiduciaire : aspects délicats de sa rédaction, de sa présentation et de son interprétation », dans *Institut Canadien*, Toronto, 1999. Voir aussi : Jacques BEAULNE, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998.

57 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. II, Québec, Publications du Québec, 1993, p. 1949.

58 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 50, p. 829.

59 *Id.*, p. 832.

Mû par l'impulsion du milieu social à la recherche du maximum de justice et de sécurité, le droit imprima au concept de la bonne foi une connotation éthique véhiculée par la théorie de l'abus de droit, laquelle permet de baliser l'exercice des droits[60]. Le droit vise en effet, au moyen de cette théorie, « à contenir, dans des limites plus raisonnables, l'excès des droits individuels »[61] en soumettant l'exercice des droits civils à des normes moralement acceptables pour la société. Pendant longtemps, on a considéré – en se basant sur la doctrine de l'absolutisme – que l'exercice d'un droit conférait à son titulaire un pouvoir absolu à l'intérieur des limites de ce droit ; or le recours à la thèse du droit individuel souverain pouvait comporter des effets pernicieux pour l'harmonie et l'équilibre recherchés par la société. La jurisprudence y apporta un premier tempérament en condamnant les actes malicieux, accomplis en vue de nuire à autrui et sans intérêt légitime[62].

La théorie de l'abus de droit fut admise en droit extracontractuel, comme le droit de propriété et de la procédure, mais on refusait généralement de l'appliquer aux relations conventionnelles en invoquant les règles de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle. Ce n'est qu'au début du XXe siècle qu'une théorie générale de l'abus de droit fut élaborée par la doctrine[63], comme principe d'application générale. On élargissait ainsi la notion à l'exercice des droits en général – tant dans le domaine extracontractuel que contractuel – et on considérait que la nécessité d'adopter un comportement conforme aux exigences de la bonne foi doit s'étendre aussi à l'obligation de ne pas abuser de ses droits, obligation qu'on peut évaluer non seulement suivant le critère d'une conduite malicieuse ou de mauvaise foi, mais également d'après celui de l'exercice irrégulier et déraisonnable d'un droit. La nécessité d'agir selon les exigences de la bonne foi se transforme donc en une obligation essentielle et universelle dont toute personne

---

60 La théorie de l'abus de droit puiserait ses racines jusqu'en droit romain, voir : *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 135 (j. L'Heureux-Dubé). Pour un rappel historique de la théorie de l'abus de droit, voir : *id.*, 135 et suiv. Pour un aperçu de l'évolution historique de la notion de la bonne foi dans l'exécution des contrats, en droit québécois et français, voir : Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n°s 1972 et suiv., p. 1064.

61 P. ROUBIER, *op. cit.*, note 16, p. 326.

62 *Id.*, p. 254.

63 Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927, p. 368 et suiv.

doit, en tout temps, s'acquitter dans un cadre respectueux de l'équité et de la justice.

Cette conception élargie du principe de la bonne foi et de sa théorie dérivée, l'abus de droit, fut l'objet d'une reconnaissance tardive de la part du législateur québécois, précédé en cela par la doctrine et la jurisprudence. Les tribunaux toutefois ont longtemps hésité à concevoir l'exercice des droits contractuels sous l'angle de l'équité[64], mais deux décisions de la Cour suprême du Canada marquent un tournant dans le droit québécois. D'abord en 1981, le juge Beetz adopte l'argument d'équité et présente la bonne foi comme une obligation implicite et inhérente à tout rapport contractuel, exigée de toutes les parties et ce, pendant toute la durée du contrat[65]. Les tribunaux ont par la suite « commencé à s'écarter explicitement du critère de malice et de mauvaise foi comme assise unique de la responsabilité résultant de l'usage abusif des droits contractuels »[66]. Puis en 1990, la Cour suprême rétablissait expressément l'exigence d'un comportement éthique dans le domaine des conventions en affirmant que l'abus des droits contractuels est une émanation de la théorie générale de l'abus des droits :

> [Elle] remplit [...] une importante fonction à la fois sociale et économique [et] s'inscrit dans la tendance actuelle à concevoir les droits et obligations sous l'angle de la justice et de l'équité [...] [L]a norme servant à apprécier l'existence d'un [abus des droits contractuels] s'est élargie pour inclure maintenant le critère de l'exercice raisonnable d'un droit, tel qu'il est incarné dans la conduite d'une personne prudente et diligente [...], dans un esprit de loyauté.[67]

En 1991, le *Code civil du Québec* a consacré la position doctrinale et jurisprudentielle sur les qualités requises en matière de bonne foi en édictant d'abord un principe fondamental et universel – auquel on ne peut se

---

64 Ils n'hésitaient pourtant pas, dans leurs décisions, à reconnaître qu'il pourrait en résulter des conséquences inéquitables pour un des contractants, mais s'en déclaraient impuissants. L'affaire des héritières d'une caution en fournit une triste illustration : *Banque Canadienne Nationale* c. *Soucisse*, [1970] C.S. 116.

65 *Banque nationale du Canada* c. *Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339, 356 (j. Beetz).

66 *Houle* c. *Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, 146 (j. L'Heureux-Dubé) : « L'exercice raisonnable des droits est admis comme norme d'appréciation de l'abus des droits contractuels. »

67 *Id.*, 140.

soustraire[68] – celui de l'obligation imposée à toute personne d'exercer ses droits civils, en tout temps, selon les exigences de la bonne foi (art. 6 C.c.Q.). L'obligation principale sur la bonne foi est ensuite renforcée par une *interdiction* générale qui lui est *corollaire*, celle de ne pas abuser de ses droits (art. 7 C.c.Q.). Puis dans une disposition spécifique du droit des obligations (art. 1375 C.c.Q.), le législateur « rappelle [...] l'application d'un principe fondamental de notre droit déjà énoncé à l'article 6 [...] : celui de la bonne foi qui doit présider en tout temps les actes et relations juridiques »[69]. Pour avoir donné au principe de la bonne foi une place prépondérante dans le nouveau code, le législateur québécois démontre que l'équité a un rôle important en droit civil et que cette composante morale de notre droit contribue – par son caractère universel – à assurer la sécurité économique et juridique, le progrès social et le développement progressif de la valeur de justice dans la société[70].

La portée des règles fondamentales sur la bonne foi édictées au *Code civil du Québec*, est considérable. En effet, tel qu'il ressort de la disposition préliminaire du Code, elles peuvent servir à « interpréter et appliquer les autres lois et en combler les lacunes, lorsque ces lois portent sur des matières ou font appel à des notions ou institutions qui ressortissent au Code civil »[71].

La codification de 1991 a révisé les règles du code antérieur concernant les droits inhérents à la personne et relevant du domaine du droit privé, de façon à les concilier avec les principes de la *Charte des droits et libertés de la personne*. Tout en cherchant à s'adapter aux besoins de notre société, elle met en lumière « la primauté accordée à la personne humaine »[72] et elle établit « une meilleure définition, plus nuancée, des droits de la personne assujettie à un régime de protection »[73]. Le législateur a en effet

---

68 D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 60, n° 1977, p. 1069.

69 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 50, p. 832.

70 *Cf. id.*, p. 8 ; le ministre affirme à propos des art. 6 et 7 C.c.Q. : « Il[s] introdui[sent] au code une règle reposant sur le respect des principes de justice et de valeurs morales et sociales dans l'exercice des droits. »

71 *Id.*, p. 1. Voir aussi sur ce point : A.-F. BISSON, *loc. cit.*, note 53, 552. Pour une analyse magistrale des exigences de la bonne foi dans les rapports d'obligation, en droit actuel, voir l'ouvrage : D. LLUELLES et B. MOORE, *op. cit.*, note 60.

72 MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *op. cit.*, note 50, p. 3.

73 J. TASCHEREAU, *loc. cit.*, note 49, 507.

veillé à assurer à toute personne humaine le droit absolu à sa dignité et ce, en toutes circonstances de la vie et lors du décès. L'intégrité et l'inviolabilité de la personne, le respect de sa réputation et de sa vie privée, le droit aux soins et à leur refus raisonnable, les régimes en cas d'inaptitude, le respect du corps lors du décès sont l'objet de dispositions articulées.

Ces règles applicables à tout être humain sont dans le prolongement des libertés et droits fondamentaux qui ont été affirmés solennellement dans la *Charte des droits et libertés de la personne*, lesquels « constituent le fondement de la justice et de la paix » dans la société et ainsi contribuent au « bien-être général » de la collectivité[74]. À l'échelle internationale, les règles du *Code civil du Québec* sont également en harmonie avec les exigences de *dignité humaine* énoncées au préambule et à l'article 1 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[75]. En comparaison de l'ancien code, les règles du *Code civil du Québec* reflètent davantage la réalité sociale[76].

Des philosophes expriment toutefois leur inquiétude au sujet du développement incontrôlé des sciences (notamment la médecine, la biologie et la chimie) – dans un contexte de mondialisation – et ils manifestent leur appréhension des répercussions inévitables de cette cadence effrénée sur la reproduction de la vie (clonage), sur le droit à son abrègement volontaire (cessation des soins, euthanasie, suicide assisté), sur les pratiques thérapeutiques et sur le droit au rituel de la sépulture. Les problèmes d'éthique et d'équité que soulève la dignité de la personne humaine – en tant qu'individu et membre solidaire de la collectivité – étant des enjeux majeurs des sociétés contemporaines, ces philosophes s'adressent aux juristes, aux politiques, aux économistes et aux médecins pour qu'ils conforment l'utilisation des connaissances scientifiques aux impératifs qu'implique le respect de la dignité humaine[77].

---

74 *Charte des droits et libertés*, précitée, note 53, al. 3 et 4 du préambule.

75 La *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Résolution 217A (111), 10 décembre 1948, dans Henri BRUN, *Chartes des droits de la personne – Législation, jurisprudence et doctrine*, coll. « Alter Ego », Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, p. 1169 et 1170.

76 Certaines expressions courantes du *Code civil du Bas Canada* (« interdit pour imbécillité, démence ou fureur ») sont encore de nos jours de nature à déconcerter le lecteur.

77 Jean-François DE RAYMOND, Jean-François MATTEI, Dominique FOLSCHEID, Marie-Andrée RICARD, Thomas DE KONINCK et Gilbert LAROCHELLE, *La dignité humaine : Philosophie, droit, politique, économie, médecine*, Paris, Presses Universitaires de France, 2005.

Déjà treize ans se sont écoulés depuis la mise en vigueur du *Code civil du Québec*. Au-delà de son apport bénéfique à l'origine, le *Code civil du Québec* devra sans cesse continuer à s'adapter aux réalités complexes de la société en mouvement, tout en veillant à la sauvegarde et au rayonnement des valeurs fondamentales de civilisation.

Conclusion

Montaigne définit la civilisation – avant même que le terme n'existe – comme étant « l'homme en sa plus haute assiette [et] une société de la plus haute étoffe »[78]. Puis il ajoute qu'elle est l'œuvre de « ce petit nombre d'hommes excellents et triés qui, ayant été doués d'une belle et particulière force naturelle, l'ont encore roidie et aiguisée par soin, par étude et par art et l'ont montée au plus haut point de sagesse où elle puisse atteindre »[79].

Présents dans la civilisation depuis des millénaires, les législateurs et les juristes font sans aucun doute partie de « ce petit nombre d'hommes [et de femmes] excellents et triés » qui, par une démarche légitime de création, d'interprétation et d'application des lois, ont fait et font encore du droit un agent et un reflet de civilisation.

---

78 Michel Eyquem, seigneur de MONTAIGNE (1533-1592), *Essais*, II.XII (dans cette référence, le premier chiffre romain indique le numéro du livre et le second, celui du chapitre). Nous avons utilisé une édition (non datée) dont la date approximative se situe entre 1826 et 1850 et avons également actualisé l'orthographe originale des *Essais :* M. J.-V. LECLERC, *Essais de Montaigne*, nouvelle édition, t. 1, Paris, Librairie Garnier Frères, p. 466 et 467.

79 *Id.*

LA PROPRIÉTÉ SELON HEGEL

Denis VINCELETTE

With Hegel the philosophical theory of property reached its ultimate level of sophistication.
Huntington Cairns[1]

INTRODUCTION

Pour Hegel, la propriété occupe une place centrale dans la constitution du droit abstrait, comme en fait foi son aveu manuscrit en marge du numéro 40 de son propre exemplaire de son volume intitulé *Principes de la philosophie du droit*[2]. Pourtant, ce concept fondamental, abondamment traité, donne lieu jusqu'à aujourd'hui à des interprétations divergentes et même contradictoires. On dénote en effet une tendance individualiste, une tendance altruiste ou étatique et une tendance communautaire[3]. Cela laisse deviner l'ambiguïté du texte.

Nous tenterons, au moyen d'un regard neuf, d'y jeter un peu de lumière, sans nous laisser prendre au jeu d'interminables controverses souvent plus politiques que philosophiques ou juridiques, qui débordent de notre sujet, le voilent au lieu de le clarifier, et au mieux relèvent plus de la philosophie politique que de la philosophie du droit. Plus intéressant à notre point de vue, nous tenterons de saisir la pensée de Hegel dans toute sa pureté, sans l'opposer ni à celles de ses prédécesseurs, ni à celles de ses disciples rebelles, entreprises par ailleurs certes méritoires mais néanmoins hasardeuses qui nécessiteraient plusieurs thèses de doctorat pour vider la question.

De prime abord, Hegel tente d'affirmer l'unité de l'être et de la pensée : « C'est dans la maturité des êtres que l'idéal apparaît en face du réel et après avoir saisi le même monde dans sa substance, le reconstruit dans la forme d'un empire d'idées. »[4] La pensée du philosophe reflète la réalité

---

1 *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, Londres, Johns Hopkins Press, 1949, p. 518 : « Avec Hegel, la théorie philosophique de la propriété a atteint son niveau ultime de sophistication. »

2 Voir Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. Jean-François Kervégan, Paris, P.U.F., 1998, note 1, p. 131.

3 Voir Adrian M.S. PIPER, « Property and the Limits of the Self », (1980) 8:1 *Political Theory* 40 et 41.

4 Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. André Kaan, coll. « Idées » , Paris, Gallimard, 1972, préface, p. 45.

déjà formée. Hegel cherche à comprendre le monde tel quel, dans sa réalité historique, au lieu de s'efforcer de déduire les règles du droit à partir de l'idée, conçue comme possibilité désirable, tout comme chez Kant[5].

La philosophie du droit de Hegel naît donc du droit civil de son temps, ou bien du droit civil antérieur sous l'aspect du droit romain, où les hommes libres entretenaient des rapports en tant que personnes à l'égard des choses qui leur appartenaient, soit leurs droits de propriété. Le droit romain apparaît avec raison à Hegel comme la base du droit civil, mais aussi comme le fondement de la liberté. Historiquement dépassé, le droit romain pouvait encore servir à la rédaction des premiers véritables codes civils, comme archétype du droit, bien qu'il se soit surtout agi dans la codification de mettre les coutumes par écrit.

Comme toujours chez Hegel, il importe pour bien les comprendre de situer ses propos dans leur contexte, de s'accorder du recul pour jouir d'une vue d'ensemble. Hegel ne dit pas tout en même temps. Il faut toujours se souvenir de ce qu'il a dit et tenir compte de ce qu'il dira. Les droits abstraits comme la propriété se situent au niveau de l'esprit objectif, au début, juste après le sommet de l'esprit subjectif que représentait la volonté libre qui crée un monde de l'esprit[6].

Ontologiquement parlant, la personne s'approprie d'abord son propre esprit par l'instruction et l'étude. Elle apprend ainsi sa liberté ; elle se découvre libre. Elle s'approprie aussi son corps, qu'elle apprend à maîtriser. Troisièmement, elle s'approprie des choses ; ici s'inscrit précisément le droit de propriété. Nous verrons tour à tour le contexte de la propriété, puis le concept de la propriété. Nous indiquerons aussi l'influence de ce que Hegel ne nous a pas encore dit à ce point.

Rappelons tout d'abord que Hegel était philosophe, pas juriste, et qu'il a écrit il y a presque deux siècles sur l'ensemble des connaissances d'alors, y inclus le droit romain antique de l'époque de Justinien, encore admiré. N'imaginons pas Hegel spécialiste... en tout ! N'attendons pas de

---

5 Voir en ce sens Joachim RITTER, *Personne et propriété selon Hegel*, Paris, Beauchesne, 1970, p. 73.

6 Voir Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Encyclopédie des sciences philosophiques*, trad. Bernard Bourgeois, t. 3, « Philosophie de l'esprit », coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, Vrin, 1970, p. 569. Voir aussi Philippe SOUAL, « Personne et propriété dans les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel », (1997) 60 *Archives de Philosophie* 217, 218.

lui une solution technique en droit québécois d'aujourd'hui. Conformément à ses attentes, le droit a continué d'évoluer au gré des temps et des sociétés. Il ne faut donc pas se fier à Hegel en droit positif actuel, évidemment. Toutefois, même à ce point de vue, nous constatons que de nombreuses observations, qu'il répète au lieu d'inventer, s'appliquent encore remarquablement bien en droit civil québécois aujourd'hui. Ses propos sur la propriété se trouvent d'autant plus intéressants.

I. Le contexte de la propriété

Pour bien saisir la démarche de Hegel en vue de justifier le droit de propriété, il s'avère plus aisé de définir certains concepts. D'ailleurs Hegel lui-même s'érige contre la subjectivité, voire l'arbitraire, qui préside à la compréhension d'idées en général. Mieux vaut, estime-t-il, retrouver le formalisme des définitions, syllogismes et autres démonstrations traditionnelles, qui respectent au moins la forme de la nécessité dans la démonstration et la forme du concept dans la définition[7]. Toutefois, la définition juridique n'aide pas beaucoup, « car elle tend surtout à formuler ce qui est de droit, c'est-à-dire quelles sont les dispositions légales particulières »[8]. Quant au sens du concept, Hegel distingue entre d'une part le phénomène extérieur, qui s'explique par les circonstances comme un concept juridique, par exemple un principe abstrait, et d'autre part la nature des choses, concept légitime sur le plan philosophique.

Hegel présente la propriété comme le prototype du droit abstrait. Or, l'abstraction n'atteint pas encore la pleine réalité du concept : « Ce qu'il y a entre la raison comme esprit conscient de soi, et la raison comme réalité donnée, ce qui sépare la première de la seconde, et l'empêche d'y trouver sa satisfaction, c'est qu'elle est enchaînée à l'abstraction dont elle ne se libère pas pour atteindre le concept. »[9] Qu'y faire alors ? Nous examinerons trois concepts : le droit, la personnalité et la volonté libre.

---

7 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, p. 49 et aussi p. 30 et 31.

8 *Id.*, p. 48.

9 *Id.*, p. 43 et 44.

A. Droit

Selon Hegel, il convient d'intégrer le droit à tout concept de la vie humaine[10]. Inversement, il estime que toute réalité, même juridique, qui ne correspond pas au concept ne dépasse pas le niveau d'une contingence plus ou moins fugace : « La science philosophique du droit a pour objet l'Idée du droit, c'est-à-dire le concept du droit et sa réalisation. »[11]

La science du droit se résumerait en un développement de la philosophie du droit :

> Une grande partie (et peut-être même le tout) de ce qu'on appelle les sciences positives du droit pourrait être comprise dans une philosophie pleinement développée et étendue. Le fait qu'elles se constituent en sciences propres ne les exclut pas de la philosophie et ne les y oppose pas.[12]

En tout cas, la science du droit comprend des concepts, principes et rapports qui relèvent de la raison[13]. « Les instincts doivent exister comme le système rationnel de détermination volontaire. Les saisir ainsi conceptuellement est le contenu de la science du droit. »[14]

Or, Hegel soutient que la liberté constitue la substance du droit, même avec son côté contraignant[15]. « Le droit est pour Hegel détermination ou figure de la liberté. »[16] Dans cette optique, peut-être les droits abstraits pourraient-ils réconcilier le droit positif avec le droit naturel. Voyons cela de plus près.

---

10 Voir Jacques D'HONDT, « La personne et le droit abstrait selon Hegel », dans Guy PLANTY-BONJOUR (dir.), *Droit et liberté selon Hegel*, Paris, P.U.F., 1986, p. 108.

11 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 1, p. 47.

12 Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Le droit naturel*, trad. André Kaan, coll. « Idées », Paris, Gallimard, 1972, p. 163. Cette affirmation ne manquera pas de paraître outrancière à l'oreille d'un juriste contemporain.

13 *Id.*, p. 164.

14 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 19, p. 70.

15 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 12, p. 166 ; voir aussi Christopher J. BERRY, « Property and Possession : Two Replies to Locke—Hume and Hegel », dans J. Roland PENNOCK et John W. CHAPMAN (dir.), *Property*, New York, N.Y.U. Press, 1980, p. 97.

16 P. SOUAL, *loc. cit.*, note 6, 223.

1. Droit naturel

Une théorie du droit naturel opérerait conformément aux trois étapes suivantes. Premièrement, quant à la forme, établir le principe de base du droit naturel. Deuxièmement, quant au contenu, bien indiquer la relation entre ce principe de base et un système de droits et d'obligations en découlant. Troisièmement, montrer le conditionnement historique de ces relations et des principes subsidiaires qu'elles appellent par la vie éthique du peuple concerné, ce qui relève davantage des sciences politiques.

Hegel suit-il une telle démarche ? Pas vraiment : il cherche à comprendre le droit dans sa réalisation historique, au lieu de le déduire d'une simple possibilité comme en droit naturel, bien qu'il propose une théorie de la liberté et de sa réalisation[17]. Par ailleurs, il remonte au droit romain pour dégager certains grands principes du droit, notamment le droit de la personne à la vie et à la propriété. Comme Locke, il estime que l'une des principales tâches de l'État consiste à protéger de tels droits naturels, particulièrement le droit à la propriété et l'immunité contre l'esclavage[18]. Partagerait-il alors la conception stoïque du droit naturel ? Non, car si nous quittons un instant la première partie de l'esprit objectif sur les droits abstraits, pour examiner la troisième partie sur la vie éthique, nous constatons une apparente contradiction, puisque Hegel y propose l'État comme un but en soi, porteur d'un droit prioritaire contre l'individu dont le devoir suprême consiste à appartenir en tant que membre à l'État, tandis que l'État n'a pas pour devoir suprême de protéger la liberté et les droits naturels de ses membres. Hegel subordonne donc les droits naturels au droit supérieur de l'État et *a fortiori* à celui de l'Esprit universel[19]. Ainsi, Hegel reconnaît aux personnes des droits naturels, mais qu'elles ne sauraient faire prévaloir contre l'État. Se tourne-t-il plutôt vers le droit positif ?

---

17 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, n° 4, p. 99-101.

18 Voir Tony BURNS, *Natural Law and Political Ideology in the Philosophy of Hegel*, Brookfield, Avebury, 1996, p. 43 et 44.

19 Voir Jean-Claude PINSON, *Hegel, le droit et le libéralisme*, coll. « Philosophie d'aujourd'hui », Paris, P.U.F., 1989, p. 89.

2. Droit positif

Hegel rejette donc la conception stoïque du droit naturel, mais il n'oppose pas pour autant le droit naturel au droit positif. À son avis, la contradiction entre ces deux tendances reste plus apparente que réelle, car il adhère à une conception formaliste du droit naturel : « Ce serait une grave erreur de tirer de l'affirmation de la différence entre le droit naturel ou philosophique et le droit positif cette conclusion qu'ils sont opposés ou contradictoires. »[20] Il estime que le droit naturel et le droit positif assument des fonctions différentes mais complémentaires. Comme l'art complète la nature, le droit positif concrétise le droit naturel. Il apparaît donc comme la mesure de la justice, puisqu'il détermine spécifiquement un principe abstrait, face à la diversité des personnes et des circonstances ainsi qu'à l'évolution des situations. Respecter la loi positive constitue la seule façon d'obéir au droit naturel ; le droit naturel impose donc le devoir moral d'obéir à la loi positive, soutient Hegel.

Droit abstrait, le droit de propriété demeure purement formel. Hegel affirme le droit à la propriété privée, mais sans préciser aucunement combien, ni selon quels critères, ni quand ni comment se plaindre en cas de violation. Tout cela relève du droit positif, dont la principale tâche consiste à interpréter le droit abstrait concrètement, dans telle ou telle communauté éthique. Or cette interprétation, variable selon l'époque, le lieu et le peuple concerné, s'avère contingente et passablement arbitraire.

En effet, Hegel estime le droit positif véritablement rationnel car formellement établi dans une juridiction, mais pas entièrement rationnel, juste et effectif, car historique et contingent. Il juge les lois nécessaires quant à leur forme, mais contingentes quant à leur contenu, d'où le caractère relatif du droit positif. On considère ces lois positives dans la mesure où elles trouvent leur signification et leur utilité d'après les circonstances. De nature passagère, elles ne présentent qu'une valeur historique[21].

Hegel ne se réduit donc pas pour autant à un positiviste. La loi doit incarner la raison et fuir l'arbitraire et l'injustice. Il ne considère pas la législation isolément, mais comme un aspect d'une nation parvenue à une étape donnée de son évolution. Toutefois, il considère qu'une institution peut se

---

20 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, nº 3, p. 50 et 51.

21 *Id.*, nº 3, p. 54. Voir aussi, dans le même sens, G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 12, p. 175 et 177.

trouver à la fois historiquement cohérente, mais philosophiquement irrationnelle et injuste en soi et pour soi.

Hegel rejette la prétention du positivisme juridique de l'inexistence du droit naturel. Il admet le caractère intrinsèquement mauvais de certains actes, interdits en conséquence, au lieu d'attribuer inversement leur méchanceté à leur seule interdiction. Il reconnaît qu'il revient à la raison de discerner les principes de droit naturel, et que ceux-ci valent toujours et partout. En cela, il s'éloigne des positivistes et il se rapproche des tenants du droit naturel. Cependant, comme les positivistes, il nie que le droit naturel doive servir de critère d'évaluation du droit positif. Il pense que la loi doit détenir le dernier mot.

Le droit positif définit et concrétise les droits abstraits comme la propriété. Hegel considère que les individus ne peuvent remettre en question le droit positif, à qui seul il revient de déclarer la violation des droits naturels. Il ne se montre donc pas révolutionnaire du tout. Il n'accepte pas pour autant les abus, mais il les tolère : « Que la violence et la tyrannie puissent être un élément du droit positif, est un élément accidentel sans rapport avec sa nature. »[22] Hegel ne remarque donc pas de hiatus profond entre le droit naturel et le droit positif. Il y voit une question de développement. Encore une fois, il réconcilie les opposés dans une position originale.

3. Droit abstrait

Au fond, Hegel rejette le concept empirique du droit naturel des libéraux individualistes comme Hobbes. Il repousse aussi le concept formel du droit naturel de Kant et de Fichte, qui ne s'intéressent qu'aux principes fondamentaux sans indiquer les droits et les obligations qui en découlent, pour le propriétaire par exemple. Hegel y voit une forme sans contenu. Inversement, il accuse de contenu sans forme et de confusion entre l'accidentel et le nécessaire la conception stoïque du droit naturel fondée sur l'observation, pas sur la nature. Il la considère arbitraire, faute de déduction rationnelle des droits et des obligations.

Hegel propose une autre voie, inspirée des anciens philosophes grecs, particulièrement d'Aristote, pour qui la cité primait naturellement sur l'individu. Les droits abstraits ne constituent donc pour Hegel qu'une étape, pas tout le droit, qui devra se réconcilier ensuite avec la vie éthique dans la

---

22 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 3, p. 50.

communauté et l'État. Hegel présente les droits abstraits comme un moment d'un processus, celui de l'administration de la justice. Il s'agit de la partie névralgique pour la liberté individuelle[23], mais elle ne traite que des biens, la propriété surtout, des contrats et d'injustices.

Les droits abstraits visent les personnes conscientes de leur subjectivité, d'elles-mêmes et de leur libre volonté, avec leur capacité et leurs droits. Ils concernent avec la propriété la sphère extérieure de la liberté, soit le droit privé. Après la vie subjective, Hegel en traite au début de la vie objective, ce qui représente le commencement de la réalisation de la liberté à l'extérieur de la substance de l'homme : « Pour Hegel, la sphère extérieure de la propriété, abstraite, posée dans le droit privé, est la condition de possibilité de réalisation de la liberté. »[24] Les droits abstraits, contrairement à la moralité et à la vie éthique qui suivent, se limitent à accorder des permissions et à imposer des prohibitions[25]. Ils n'offrent que des possibilités d'activité future et des paramètres, comme la reconnaissance et la protection de la personnalité.

B. Personnalité

La théorie générale des droits abstraits repose en effet sur la volonté individuelle d'une personne, à laquelle elle ouvre des possibilités. Inversement, elle la protège en interdisant d'attenter à la personne ou aux conséquences de la personnalité. Examinons la personne d'un point de vue ontologique, puis juridique.

1. Personne ontologique

Chez Hegel, la rationalité opère de trois façons ou selon trois modes de spécification. L'individu se voit d'abord comme personne, puis comme

---

23 Voir en ce sens Roland MASPÉTIOL, « Unité sociale et liberté de la “personne” dans la philosophie du droit de Hegel », dans Guy PLANTY-BONJOUR (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 183.

24 Joachim RITTER, *op. cit.*, note 5, p. 74.

25 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, nº 38, p. 127 et 128. Voir aussi John RAWLS, *Leçons sur l'histoire de la philosophie morale*, trad. Marc Saint-Exupéry et Bertrand Guillarme, Paris, La Découverte, 2002, p. 333.

volonté libre, et enfin comme membre d'une communauté[26]. Dans son immédiateté, l'esprit est un individu qui se connaît comme une volonté tout à fait libre. Voilà justement la personne, avec son sens de la liberté encore abstrait et disponible, comme unité autonome. Elle possède une existence en partie intérieure, conscience de soi qui échappe à l'observation, et en partie extérieure, susceptible d'entrer en communication avec le monde.

Êtres fondamentalement sociaux, les personnes humaines aspirent à bien plus que leur propre survie biologique ou à la maximisation de leurs plaisirs et à la minimisation de leurs souffrances. Elles s'expriment dans le monde et elles y investissent leurs énergies, leur créativité, leurs talents et leurs connaissances ; elles aménagent une maison ou elles créent une œuvre d'art, par exemple[27].

Il s'agit de l'individu immédiat, organisme vivant dans son corps. Or, l'individu ne se dissout pas dans la société[28]. La personne vaut en tant que personne. Tous les êtres humains sont égaux par nature. Qu'en fait Hegel ?

2. Personne juridique

Conscient de lui-même comme personne, chacun a une personnalité, forme universelle des êtres rationnels. La personnalité inclut principalement la capacité juridique et constitue le fondement formel du système des droits abstraits. Selon Hegel, les besoins et les désirs ne s'avèrent pas pertinents à cet égard. Ils n'expliquent ni ne justifient les droits. Comme être humain, l'individu bénéficie des avantages de la personnalité et peut conférer à sa liberté une existence concrète. La personnalité comporte donc une identité abstraite et la capacité juridique, condition pour exercer des droits légaux, mais aussi pour en bénéficier, soutient Hegel. Elle s'avère indispensable au droit de disposer des choses en relation avec les autres êtres humains libres.

Remarquons qu'à ce niveau la personne demeure encore un concept, pas une idée. Sa volonté libre nécessite un contenu pour devenir objective.

---

26 Voir Dudley KNOWLES, « Hegel on Property and Personality », 33 *Philosophical Quarterly* 45, 49.

27 Voir David B. RESNIK, « A Pluralistic Account of Intellectual Property », (2003) 46 *Journal of Business Ethics* 319, 326.

28 Voir Philip MORAN, « Hegel's "Etatisme" », (1978) 26 *Revolutionary World* 1, 9.

Abstraction, la personnalité se résume à une forme d'être rationnel qui ne s'est pas encore donné de contenu particulier. Elle représente la première étape, encore entièrement abstraite, dans la détermination de la volonté absolue et infinie.

Quant à la personnalité, les personnes s'avèrent égales entre elles. Toutefois cela demeure encore une abstraction, en attendant que les personnes se distinguent spécifiquement. En tout cas, la personnalité, ses attributs et l'essence universelle de la conscience de soi se trouvent universels, inaliénables et imprescriptibles, selon Hegel. Je ne puis devenir la propriété de quelqu'un d'autre. L'esclavage reste une monstruosité, une aberration condamnable, quoique inévitable, ajoute Hegel, lors d'une étape historique primitive dans le développement des peuples, dans le passage de l'état de nature à l'état moral[29]. L'esclavage revient à tenir l'homme dans une existence qui ne correspond pas à son concept. Par contre, ajoute Hegel, cette constatation ne monte à l'esprit qu'avec la prise de conscience que l'idée de liberté ne se réalise vraiment qu'en tant qu'État[30]. Tout au plus la personne peut-elle louer ses talents et son travail pour un temps par contrat, par l'exercice de sa libre volonté.

C. Volonté libre

La théorie générale des droits abstraits de Hegel repose sur la volonté individuelle d'une personne, qui se connaît comme volonté libre et indéterminée.

1. Volonté

Hegel n'écarte pas l'intelligence de la personne, mais il insiste sur sa volonté : « La volonté n'est volonté véritable que comme intelligence pensante. »[31] « L'esprit est d'abord intelligence et les déterminations par lesquelles il poursuit son évolution des sentiments à la pensée par la représentation sont les étapes pour arriver à se produire comme Volonté, laquelle, en tant qu'esprit pratique en général est la vérité prochaine de l'intelli-

---

29 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, nº 57, p. 144, nº 66, p. 152 et nº 96, p. 177.

30 *Id.*, nº 57, p. 145. L'histoire mondiale contient de l'irrationnel.

31 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, nº 21, p. 71.

gence. »[32] Hegel ne considère donc pas la volonté comme le seul attribut de la personne, mais celui qui retient davantage son attention, la volonté libre en et pour elle-même.

Au point de départ, il voit la volonté sans limite ni déterminée, comme possibilité d'échapper au déterminisme. Puis vient la différenciation quant au contenu, qu'il provienne de la nature ou de l'esprit. Enfin la volonté unit ces deux moments : « Elle n'est pas quelque chose d'achevé et d'universel avant la détermination, et avant la suppression et l'idéalisation de cette détermination car, au contraire, elle n'est volonté que comme activité qui opère sur soi une médiation pour rentrer en soi. »[33] En somme, la volonté s'exprime, s'affirme et se spécifie en choisissant.

La volonté consciente d'elle-même comme désir est sensible ; mais quand elle réfléchit, elle ajoute l'aspect universel[34]. Pour Hegel, seule la volonté humaine est sans limite[35]. Elle est donc libre.

2. Liberté

La personne possède en effet une volonté libre, dans et pour elle-même, qui accompagne la personnalité juridique. Hegel voit dans le droit l'institution qui incarne le concept de la volonté libre. Bien plus, c'est cette actualisation de la volonté libre qui justifie un système juridique, pas les besoins, intérêts ou désirs du peuple. Un tel système offre le cadre de réalisation de cette liberté[36].

Notons que Hegel ne déduit pas la liberté de la nature de l'homme, de son état naturel. L'être humain n'a alors de la liberté que le potentiel, selon le concept, en soi. Il ne réalise ce potentiel et ne devient réellement libre que s'il dépasse son état naturel et cesse d'y être soumis. Hegel lie ainsi étroitement la liberté de la personne à la transformation de la matière. Inversement, à cause de sa liberté, l'homme est maître de tout dans la nature. Quant à la démonstration de cette liberté, Hegel l'estime superflue : « Il est

---

32 *Id.*, nº 4, p. 58.

33 *Id.*, nº 7, p. 62.

34 *Id.*, nº 21, p. 71.

35 Voir Richard GROSS, « Speculation and History : Political Economy from Hobbes to Hegel », (1976) 4 *Cultural Hermeneutics* 25, 37.

36 Voir en ce sens J. RITTER, *op. cit.*, note 5, nº 4, p. 72.

plus commode de s'en tenir à cela que la liberté est une donnée de la conscience et qu'on est forcé d'y croire. »[37]

Hegel accorde une importance primordiale à la personne et à son bien-être individuel, ainsi qu'à sa liberté subjective et à la responsabilité qui en découle[38]. D'une part, il appartient à la personne de traduire son potentiel en actes. D'autre part, tout comme la vie, la liberté reste inaliénable. Certes, Hegel relie le droit de l'homme à la liberté à l'avènement de la société moderne et à sa domination sur la nature. Alors que Kant voyait en chaque homme une égale liberté et aptitude à travailler à son profit, Hegel estime qu'on ne peut vivre une vie rationnelle, bonne et heureuse, que dans un monde social raisonnable qui garantit la liberté individuelle. Il juge que les personnes ne peuvent atteindre cet objectif toutes seules, mais uniquement par la réflexion réconciliée avec leur monde social raisonnable. Il ne tient pas les impératifs catégoriques de Kant pour valides en toutes circonstances.

Hegel tente de réconcilier l'homme avec lui-même. Sa philosophie du droit conçoit la liberté comme idée de base. Il entrevoit le développement par étapes de cette idée, jusqu'à sa réalisation en système de droit positif. Toutefois, la liberté comme idée du droit ne peut survenir qu'après s'être répandue comme concept du droit dans la pensée de l'époque. Il considère que le droit, comme toutes les réalités finies, représente un moment dans l'histoire, et il érige l'histoire en tribunal mondial à cet égard.

La liberté demande que le sujet exerce un pouvoir complet sur autre chose que lui-même. Pour devenir plus objectif, l'esprit libre doit entreprendre un double mouvement d'intériorisation et d'expression : d'intériorisation de la nature et des choses sans personnalité et d'expression de sa volonté et de son savoir. Contrairement à Rousseau, Hegel n'entretient aucune illusion sur l'état de nature. Il ne se contente pas d'une liberté théorique ou mythique, mais il considère une libération pratique et effective de l'homme. Or cette liberté du droit civil ne peut advenir historiquement que dans une société civile. « Le système du droit est l'empire de la liberté réalisée, le monde de l'esprit produit comme seconde nature à partir de lui-même. »[39]

---

37 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 4, p. 57.

38 *Id.*, n° 57, p. 100.

39 *Id.*, n° 4, p. 57.

Cependant, la réalisation de la liberté requiert encore davantage : « Afin d'être en tant qu'idée, il faut que la personne se donne une sphère externe de sa liberté »[40], c'est-à-dire un domaine immédiatement différent et séparable d'elle-même. Autrement dit, elle doit se manifester dans les choses. Elle doit donner ainsi un contenu à sa liberté. Là réside le domaine de la propriété. Après avoir ainsi exploré la volonté libre, la personnalité et le droit, nous parviendrons à mieux saisir le concept de propriété de Hegel.

II. Le concept de la propriété

Plutôt que le vol, comme Proudhon, Hegel voit dans la propriété l'envol de la liberté : « Cette liberté abstraite du droit est celle de la "personne" [...] la personne constitue la détermination fondamentale du droit ; elle se manifeste surtout dans la propriété. »[41]

Premièrement, l'homme commence par s'approprier son esprit. Il lui appartient, sans pourtant faire l'objet d'un droit de propriété, car il fait partie de sa personne. Il doit apprendre à le maîtriser sur la voie de la liberté.

Deuxièmement, la même remarque vaut aussi pour son corps, que chacun doit également s'approprier. Ma vie et mon corps m'appartiennent, mais seulement en autant que j'y mets ma volonté, affirme Hegel[42]. En prenant possession de mon corps, mon esprit se réalise, se manifeste par lui. Mes plans, jusque-là subjectifs, connus de moi seulement, deviennent objectifs au regard des autres personnes ; ils reçoivent l'existence, en paroles ou en action[43]. Les autres me constatent libre, car je le suis dans mon corps. Mon corps incarne mon esprit et ma liberté. Il fait aussi partie de moi. Si on le violente, on me violente. Je pourrais évidemment me suicider, détruire mon corps, en retirer ma volonté. Personne n'a le droit d'agir ainsi, parce que la mort constitue la négation de la vie[44].

En troisième lieu, l'homme peut s'approprier des choses. Ma volonté, déjà présente dans mon corps, s'approprie des choses, les subordonne,

---

40 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, n° 41, p. 131.

41 R. MASPÉTIOL, *loc. cit.*, note 23, 181.

42 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, n° 47, p. 136.

43 *Id.*, n° 48, p. 137.

44 *Id.*, n° 70, p. 157.

leur confère but et orientation. Là se situe la propriété. Examinons maintenant le concept de propriété, sa justification philosophique d'abord, son articulation juridique ensuite.

A. La justification de la propriété

Pour Hegel, la propriété joue un rôle vital[45], à tel point qu'elle se passerait presque de justification : « Property is not something that has to be justified, it simply needs to be understood as an inevitable consequence of the nature of man. »[46] Or Hegel défend le droit absolu et inaliénable de l'homme à la personnalité, le droit d'être une personne, de conquérir ses qualités et de les faire valoir, en un mot de s'affirmer dans le respect d'autrui : « La personnalité contient de manière générale la capacité juridique et constitue le concept et l'assise, elle-même abstraite, du droit abstrait et par conséquent *formel*. La prescription du droit est par conséquent : *sois une personne et respecte les autres en tant que personnes*. »[47] L'individu immédiat, personne dotée d'une volonté libre mais encore subjective, se situe en face du monde. La propriété a justement pour but d'actualiser sa volonté :

> D'une manière générale, le droit fait partie du domaine de l'esprit, mais, au sein même de l'esprit, il a plus précisément sa place et sa base dans la volonté. Or la volonté est libre, à ce point que la volonté constitue sa substance et sa destination. Il s'ensuit que le système du droit est le royaume de la liberté effectivement réalisée.[48]

Les droits abstraits en général et la propriété en particulier reposent ainsi sur le concept de volonté libre et la nécessité d'exprimer cette liberté.

---

45 Voir Richard BELLAMY, « Hegel and Liberalism », (1987) 8 :6 *History of European Ideas* 693, 698.

46 Leslie John MACFARLANE, *Modern Political Theory*, New York, Barnes & Noble, 1973, p. 207 : « La propriété ne requiert pas de justification ; il suffit de la comprendre comme une conséquence inévitable de la nature humaine. »

47 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, nº 36, p. 127.

48 G.W.F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'État en abrégé*, trad. Robert Derathé, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, Vrin, 1975, nº 4, p. 70 et 71.

La volonté du propriétaire se reconnaît effectivement dans la propriété[49]. Hegel présente la propriété comme la meilleure expression de la liberté. Sur cette base, il élabore toute sa théorie de la propriété. Nous examinerons, de son point de vue, le fondement de la propriété et ses conséquences.

1. Fondement de la propriété

Hegel établit ainsi sa théorie de la propriété sur la notion de personnalité juridique d'une personne dotée d'une volonté libre. Il place en effet la libre volonté au centre des notions de personne et de personnalité. La volonté libre de la personne doit s'incarner dans les choses pour ne pas se limiter à une pure abstraction. Par la propriété, la personne extériorise sa liberté dans les choses. La propriété exprime une volonté libre qui se reconnaît comme telle, se veut comme telle et se prend comme fin et comme objet. La propriété incarne la liberté. Elle constitue la mise à part d'une chose ou d'un animal par et pour la volonté. Ainsi la personne manifeste sa domination sur la nature et elle étend la portée de sa volonté. Elle indique que les animaux et les choses existent au service de l'homme et elle s'affirme comme libre sujet de droit. Elle dépasse l'indétermination de sa volonté, comprend le monde et s'y taille une place. La chose perd son aspect étranger au fur et à mesure que la raison la pénètre et la comprend. La raison la fait sienne et la maintient ainsi. Elle s'extériorise pour devenir idée. La propriété se fonde donc sur la volonté libre, dont elle constitue une extension, une spécification et une manifestation.

En effet, la propriété ne se déduit pas directement, à proprement parler, de la notion de personne, malgré la tentative de Hegel en ce sens. Plus exactement, Hegel s'efforce de présenter la propriété comme une extension de la personne, de sa liberté. Toutefois, Hegel omet de démontrer analytiquement, ou par la nécessité, le lien entre la liberté, de nature spirituelle, et la propriété de biens matériels[50]. Néanmoins, il explique que la liberté exige qu'une personne puisse s'exprimer et se développer, planifier sa vie et la réaliser. Il présente la propriété comme un moyen nécessaire à cette fin, une condition pour la liberté humaine. Par la propriété, la personne incarne dans la chose sa volonté libre. Elle y manifeste sa propre activité,

---

49 Voir en ce sens Richard TEICHGRAEBER, « Hegel on Property and Poverty », (1977) 38 *Journal of the History of Ideas* 47, 50 et 57.

50 Voir Leo RAUCH, *The Political Animal : Studies in Political Philosophy from Machiavelli to Marx*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1981, p. 142.

et éventuellement ses propres connaissances. Elle rend ainsi le monde plus rationnel et davantage compréhensible. Cette domination, jointe à cette compréhension le cas échéant, libèrent l'homme et l'esprit du niveau simplement naturel[51]. Le christianisme reconnaît l'homme comme absolument conscient de lui-même et libre ; il lui constate une valeur infinie. Il lui concède donc la capacité personnelle d'accéder à la propriété, conclut Hegel.

Autrement exprimé, la personne, qui bénéficie intimement d'une volonté libre, doit surmonter le caractère indéterminé de sa liberté et la manifester à l'extérieur, pour qu'elle existe comme idée : « Afin d'être en tant qu'idée, il faut que la personne se donne une *sphère* externe *de sa liberté*. »[52] En respectant ma propriété, les autres personnes reconnaissent ma liberté et de là ma personne. Ma volonté libre devient plus objective à leurs yeux. Elle passe d'une pure subjectivité intérieure à une existence extérieure. Ma propriété incarne ainsi ma personnalité et prend en conséquence une importance primordiale, du point de vue de Hegel : « Property is not only instrumental ; [...] it is a basic requisite for man in his struggle for recognition and realization in the objective world. »[53]

Ma volonté libre a besoin de s'actualiser, de se donner un contenu pour se réaliser et pour que je devienne une universalité consciente d'elle-même. Face à la chose objective, la personne subjective que je suis abroge la contradiction et se donne une réalité objective en posant cette chose comme mienne :

> La singularité de la personne, qui est immédiate et décide, se rapporte à une nature trouvée déjà là, à laquelle s'oppose ainsi la personnalité de la volonté, en tant qu'élément-subjectif [;] mais pour celle-ci, en tant qu'infinie et universelle au-dedans de soi, la restriction consistant à n'être que subjective est contradictoire et nulle. Elle est ce dont l'acti-

---

51 Voir Peter G. STILLMAN, « Property, Freedom and Individuality in Hegel's and Marx's Political Thought », dans J.R. PENNOCK et J.W. CHAPMAN (dir.), *op. cit.*, note 15, p. 139.

52 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, n° 41, p. 131.

53 « La propriété n'est pas seulement instrumentale; [...] elle est une condition de base dans la lutte de l'homme pour se faire reconnaître et se réaliser dans le monde objectif. » Schlomo AVINERI, *Hegel's Theory of the Modern State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, p. 135.

> vité consiste à abroger cette restriction et à se donner réalité, ou bien, ce qui revient au même, à poser cet être-là comme le sien.[54]

Pour exister vraiment, la liberté humaine demande à s'extérioriser, à s'actualiser dans une chose. Procurer à sa liberté une existence concrète, soutient Hegel, implique qu'on établisse un rapport de propriété sur des choses, se libérant ainsi des dépendances de l'état de nature. Hegel rejette la doctrine du contrat social prétendument fondée sur des accords individuels. Il s'agit de s'approprier des choses, leur donnant ainsi de l'importance au regard du monde et se reliant soi-même au monde. Surtout, devenue mienne, la chose signifie et montre ma présence objective. Elle représente le moyen par lequel, entre personnes indépendantes et conscientes de leur liberté, on puisse reconnaître ma volonté.

La propriété a pour objet une chose, immédiatement distincte de l'esprit ou de la volonté libre qui fait sienne cette chose, qui s'exprime ainsi. La propriété a pour sujet une personne, un être pour soi, tandis que la chose constitue un être en soi extérieur, sans intériorité spirituelle. Les choses, ainsi que les animaux qu'on assimile aux choses, ne jouissent pas d'une volonté libre, ni de personnalité, ni par conséquent de droits. Ils n'ont pas de sens ou de fin en soi, mais ils se trouvent susceptibles de recevoir le sens ou la fin ou la destinée que leur confère la volonté humaine. Autrement dit, les choses n'existent que pour satisfaire les besoins des personnes. Elles remplissent ainsi leur destinée. La personne humaine jouit du droit absolu, propose Hegel, d'y mettre sa volonté, de leur conférer un but et de se les approprier, de les rendre siennes[55].

La propriété suppose que l'homme arrache la chose, être naturel, à son indépendance, et la met à sa disposition. Le propriétaire s'approprie la chose, la modifie et l'utilise. Par sa mainmise, il la détermine, y applique sa volonté et lui confère une fin nouvelle[56]. Hegel préconise que toute chose utilisable fasse l'objet d'un droit de propriété, car sinon la liberté raterait l'occasion de s'exercer, entraînant un manque à gagner. Il considère comme un droit absolu et un devoir d'assujettir de telles choses à la possession ou à la propriété.

---

54 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, n° 39, p. 128.

55 *Id.*, n° 44, p. 133 et 134.

56 Voir Jean-Marc TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers*, Paris, Economica, 1981, n° 514, p. 501.

En somme, la propriété repose entièrement sur la liberté de la personne, estime Hegel. Pensons aux avantages qui en découlent.

2. Conséquences

Ainsi, par la propriété, la personne devient davantage consciente d'elle-même. Elle se regarde comme une personne avec une volonté libre, et aussi comme un sujet de droit qui agit objectivement et qui façonne le monde extérieur. Elle évolue, se développe et apprend à se connaître. Elle s'exprime, met ses idées à l'épreuve et réalise ses propres projets. Elle devient de cette façon plus concrète, en tant que propriétaire et participant actif de la société, conscient de lui-même et libre, qui se spécifie, se forme et transforme le monde, afin d'atteindre ses buts. La propriété lui fournit l'opportunité de s'exprimer, de se développer et de se réaliser.

Chaque personne doit se définir en relation avec le monde extérieur, tant matériel que social. Elle y parvient en manipulant et en contrôlant des choses. Hegel indique la propriété comme moyen indispensable pour s'exprimer, parvenir effectivement à la liberté humaine et réaliser un plan de vie : « L'homme ne peut être réellement libre que là où la nature est transformée en choses et est devenue, comme objet à la disposition de l'homme, la propriété de l'homme. »[57] Le droit de propriété protège ainsi une myriade d'intérêts individuels. Considérons par exemple les artisans et les gens d'affaires : la propriété se situe au cœur de leur activité professionnelle. Hegel se dissocie entièrement de la vision idyllique de l'état de nature de Rousseau, puisque celui-ci néglige la libération par le travail[58].

Hegel connaît également fort bien la tradition qui, de Jhering à Pound, justifie la propriété par les besoins matériels de l'homme. Toutefois, il n'y voit pas le but de la propriété, mais seulement une conséquence, le moyen de satisfaire ces besoins. Il n'invoque pas les avantages personnels, tant matériels que psychologiques, ni sociaux, même à long terme, de la propriété pour la justifier. Comme Kant, il se range contre les utilitaristes, en faveur du libéralisme. À son avis, la propriété a pour but d'incarner la liberté, dont elle constitue la meilleure expression. En elle, la volonté commence à se concrétiser. En effet, pour être plus qu'un simple potentiel, la volonté libre doit s'actualiser, exister comme droit, autrement dit comme

---

57 J. RITTER, *op. cit.*, note 5, nº 6, p. 80.

58 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, nº 194, p. 268 et 269.

raison ou idée[59]. Cette objectivation s'opère d'abord par la propriété. Cette fonction suffit à justifier la propriété au regard de Hegel ; sur elle repose toute sa philosophie des droit abstraits.

Selon Hegel, seule la propriété se « conforme au droit de la raison, étant la détermination absolue, première, de la liberté »[60]. En effet, dans le droit de propriété la libre volonté de la personne se donne sa première existence concrète. Par la propriété, la personne dépasse la pure abstraction de sa volonté pour la déterminer, sachant qu'elle décide librement. Il lui faut passer aux actes pour se structurer, structurer la société et actualiser le droit[61]. Par la propriété, la personne assume un mode objectif d'existence et crée un monde objectif, réel, empreint de raison. « La propriété est existence de la liberté en tous les degrés de sa réalisation. »[62] La propriété apparaît ainsi comme une condition préalable à la détermination de soi en société, où chacun doit choisir et prendre sa place de membre utile, autrement dit réaliser sa vocation, afin de conserver et d'améliorer la collectivité tout en s'éduquant lui-même[63]. Hegel pense la propriété nécessaire pour mener une vie pleinement raisonnable. D'ailleurs, la méthode dialectique de Hegel tend à assimiler quelque peu la cause et l'effet, de sorte que la volonté humaine et sa manifestation objective constituent un tout conceptuel. Dans ce contexte, la relation entre la personne et la propriété apparaît nécessaire. La propriété fait ainsi figure de nécessité philosophique et politique, essentielle au développement des personnes comme êtres libres doués de raison, contrairement à Hume, par exemple, qui n'y voyait que contingence.

La propriété se présente comme le principe et le droit de la libre personnalité infinie. En tant que droit de la personne, la propriété montre que le propriétaire, personne et sujet de droit, se situe ontologiquement premier, avant la chose, objet de droit. Elle s'avère absolument nécessaire à chaque individu comme agent rationnel conscient. Elle-même se trouve empreinte de rationalité. En effet, le droit de propriété « est rationnel puisqu'il fonde

---

59 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 40, p. 86.

60 P. SOUAL, *loc. cit.*, note 6, 230.

61 R. MASPÉTIOL, *loc. cit.*, note 23, 183 : « La personne est détermination de la liberté ; le droit abstrait n'est qu'une possibilité ; la règle juridique n'est qu'une faculté ou une permission. »

62 J. RITTER, *op. cit.*, note 5, n° 5, p. 75.

63 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 6, n° 396, p. 191 et 192.

l'effectivité de la personne »[64]. Implicitement rationnel, l'homme doit le devenir explicitement. Par la propriété, il développe sa raison et il s'exprime en tant qu'être libre, dans la nature comme à la face des autres hommes. Selon Hegel, sans épuiser l'activité de la liberté, la propriété en constitue la première figure. « C'est premièrement dans la propriété que la personne est en tant que raison. »[65] Pourtant, la chose, matérielle, demeure néanmoins extérieure à la personne, spirituelle. La propriété ne correspond donc pas encore à la figure achevée de la liberté. Il faudra à cette fin franchir une étape additionnelle et passer du droit abstrait et formel du monde juridique au droit concret de la moralité.

Quand l'homme assujettit des choses à son contrôle, il y fait sa marque, leur confère une orientation et les détermine. En dominant et en domestiquant ainsi la nature, l'homme affirme la dignité des personnes et leur supériorité sur les choses. La propriété prouve ainsi la domination de l'homme sur la nature et sa libération progressive du joug de la nature. Elle annonce l'homme comme être spirituel. Elle sert d'assise à des relations humaines libres, égales et créatives. Selon Hegel, elle fonde même le droit à la vie et à la liberté.

En effet, Hegel relie étroitement la propriété à la personnalité. La personne s'exprime par la propriété. Elle reste en contact avec elle-même, mais elle s'extériorise abstraitement dans cette chose. Ma personnalité se retrouve dans la reconnaissance de moi par les autres en tant que propriétaire et réciproquement[66]. Elle sert à la lutte pour la reconnaissance. En établissant ma volonté dans la chose par le droit pourtant aliénable de propriété, je fonde mon droit inaliénable à la vie et à la liberté. La propriété sert de base aux relations sociales entre personnes. De plus, je progresse en m'appropriant mon corps et mon esprit en même temps que les choses, me développant suivant un long processus de croissance. La propriété joue donc ainsi un rôle irremplaçable dans la philosophie du droit de Hegel. Elle en constitue le droit premier, le point de départ logique aux implications très sérieuses et multidimensionnelles.

---

64 P. SOUAL, *loc. cit.*, note 6, 226. Dans le même sens, aux pages 240 et 241 : « La propriété, comme droit de la personne, est rationnelle. En et par elle, la nature immédiate reçoit la forme et le sens de l'esprit qui s'y objective, et devient progressivement nature spiritualisée. »

65 *Id.*, 241.

66 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 6, n° 490, p. 287.

Chacun se considère comme une personne, mais chacun doit aussi considérer autrui comme une personne semblable à lui. La propriété remplit une fonction importante à cet effet. Elle favorise le développement et l'expression de la liberté et de l'individualité, mais elle comporte aussi des interactions entre personnes. La propriété incarne la volonté dans la chose, tant à la vue du propriétaire qu'à celle des autres personnes. Ainsi, les êtres humains se reconnaissent les uns les autres en la propriété comme personnes libres. Dans cette liberté reconnue en communauté spirituelle, Hegel voit un début de manifestation de l'esprit objectif.

En effet, par la propriété je rends entièrement mienne la chose. Je me construis une sphère d'influence nécessaire et sécuritaire face aux autres et même face à l'État. La propriété emporte le droit pour moi d'exclure les autres personnes de ma chose, sans en être moi-même exclu. Je me distingue et je m'affirme ainsi face aux autres, qui reconnaissent mon droit de propriété, comme je reconnais le leur. Chacun apprend ainsi à respecter les autres comme personnes égales en dignité[67]. Chacun s'éduque ainsi sous l'aspect social, affermit le contrôle de ses désirs et développe ses idées morales.

Naturellement, la condition nécessaire pour prendre conscience de sa liberté personnelle, par l'exercice de sa propre volonté libre, réside dans la propriété privée[68]. Voilà la forme de propriété que préconise alors Hegel. Par elle, la libre personnalité infinie devient effective pour elle-même, pour autrui et pour l'État. À la suite de Kant, Hegel retient la propriété privée qui repose sur la liberté individuelle, parce que tous deux considèrent la liberté comme la source de la dignité humaine et des droits qui en découlent. Puisque dans la quête de ma liberté je dois m'approprier mon corps personnel donc individuel, je m'approprierai aussi des choses au moyen de la propriété individuelle ou privée. Je dois en prendre possession comme instruments de ma personne dotée d'une volonté libre, de manière à me manifester objectivement aux yeux d'autrui et à mes propres yeux. Comme pour mon corps, cela va de soi. M'interdire la propriété privée violerait mes droits de la personne. Il en résulterait une grave restriction à la manifestation de ma personnalité que ne requiert pas le respect de celle des autres

67 Voir Solange MERCIER-JOSA, *Entre Hegel et Marx. Points cruciaux de la philosophie hégélienne du droit*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 267 et 268.

68 Voir Alan PATTEN, « Hegel's Justification of Private Property », (1995) 16:4 *History of Political Thought* 586.

personnes. Au contraire, je leur marque du respect en respectant leur propriété privée. Par la propriété privée se réalise ma personne infinie dans la société civile, comme personne abstraite et comme propriétaire.

On peut tenter de justifier la propriété privée de trois façons. La thèse constitutive exige l'absence d'interférences, afin de maximiser les opportunités. La thèse de la stabilité sociale veut que le système social protège la liberté individuelle. Quant à Hegel, il avance la thèse du développement. Il considère un minimum de propriété privée nécessaire à la prise de conscience de soi et au développement des aptitudes des personnes libres[69]. Ainsi chacun s'extériorise, spécifie sa volonté, se voit agir et se comprend davantage par ses actes. Être sociable, par la propriété privée l'homme parfait la nature, établit des relations de travail libres et opère en société. Cette forme de propriété fonde et protège ses droits à la vie et à la liberté.

Quant à la copropriété sous ses différentes formes, Hegel ne sait quoi en faire. Il n'y voit qu'une société instable, dissoluble au gré d'un seul copropriétaire, où, en attendant, seule ma part reste soumise à mes décisions arbitraires. Il indique clairement son désaccord avec l'interdiction éventuelle de la propriété privée en faveur d'un régime de propriété collective, comme le communisme de la république de Platon[70]. Il y voit une erreur sur la véritable nature de la liberté et, de là, des droits.

En cas de conflit entre la propriété collective et la propriété privée, Hegel estime que la propriété privée doit l'emporter. Il juge les droits d'une communauté à la propriété inférieurs à ceux d'une personne. Exceptionnellement toutefois, l'État, seulement lui, peut abolir la propriété privée et la rétablir[71].

Il revient à l'homme de s'approprier, habiter et transformer la nature : « En rapport avec les choses extérieures, le *rationnel*, c'est que je possède de la propriété »[72], entendue comme propriété privée. Hegel établit soigneusement ce principe, le lien entre la personne et l'institution de la propriété. Toutefois, il ne précise aucunement l'application de ce principe, ni quant à la quantité de biens ainsi possédés par une personne, ni quant à

---

69 *Id.*, 577 et 584.

70 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 46, p. 92. Voir aussi Elie KEDOURIE, *Hegel and Marx*, Oxford, Blackwell, 1995, p. 109.

71 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 44, p. 90 et n° 236, p. 257.

72 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, n° 49, p. 138.

savoir quoi échoit à qui. Cela ne relève pas des droits abstraits[73]. L'égalité des personnes n'implique nullement l'égalité de ce qui leur appartient. Il faut tenir l'égalitarisme pour erroné et intrinsèquement mauvais, surtout parce que les talents et les efforts varient, ainsi que les compétences et les responsabilités familiales, même si chacun conserve vraiment le besoin et le droit d'accéder au travail et à la propriété[74].

Hegel échafaude sa définition de la personne sur le concept de propriété. Il convient que des différences au niveau de la propriété reflètent les rapports humains et les institutions. Même la morale requiert une distribution inégale des biens entre des gens si différents. Les appels à une égale distribution des terres, des biens ou des revenus procèdent d'une compréhension superficielle et erronée, ignorant « non seulement la contingence extérieure de la nature, mais encore tout le domaine de la nature spirituelle avec sa particularité et sa diversité infinies et sa systématisation rationnelle »[75]. De toute façon, Hegel perçoit la propriété comme notre destin. Il déclare qu'on ne peut garantir la liberté et l'égalité par la contrainte, sans les mœurs. Or, il voit dans la propriété privée le terrain fertile de la liberté individuelle des citoyens à la recherche de leur propre intérêt[76].

Cependant, une telle emphase sur la propriété privée pourrait entraîner un appauvrissement des relations humaines, une désaffection des liens personnels et moraux plus riches et plus profonds. La propriété privée peut tendre à instaurer une société égoïste où chacun se prend pour sa fin et où les autres ne comptent pas[77], où avec le temps se côtoient de plus en plus les excès d'abondance et de misère, avec des deux côtés une multitude de personnes qui ne travaillent plus pour satisfaire les besoins d'autrui et qui deviennent ainsi des membres déficients de la société. Le paupérisme engendre une classe d'exclus déshumanisés, dépourvus des avantages de la propriété privée, face à la dégénérescence d'une classe trop repue. Hegel entrevoit la possibilité de mitiger cet inconvénient sérieux, d'une part par la famille, d'autre part par une redistribution des richesses au moyen des taxes et de la charité, même à l'encontre du principe de la société civile.

73 *Id.*

74 Voir Philip MORAN, *Hegel and the Fundamental Problems of Philosophy*, Amsterdam, Grüner, 1988, p. 118.

75 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 49, p. 95.

76 *Id.*, n° 71, p. 115.

77 *Id.*, n°s 182 et 183, p. 217 et 218.

Toutefois, Hegel ne croit pas que l'excès d'abondance puisse jamais suffire pour corriger l'excès de pénurie[78]. Malgré cette vision pessimiste d'une pénurie globale inévitable, il souhaite qu'une maturation de la société réduise cet écart. Mieux vaudrait une solution partielle que pas de solution du tout. Pourtant, la partie s'annonce difficile, puisque d'une part les opulents tendent à conformer l'État à leurs intérêts et lui assigner la protection de la richesse comme objectif principal, tandis que d'autre part les dépourvus se sentent exclus de la propriété et de la richesse, ne trouvent pas de réalisation personnelle dans le travail et décrient en conséquence la richesse et l'État. La liberté et l'égalité se réconcilient donc difficilement. La pauvreté apparaît ainsi pour Hegel comme un moment dans le cheminement de l'homme vers la liberté rationnelle[79], dans le développement de sa conscience vers la connaissance absolue.

Ainsi, Hegel justifie son concept de la propriété rationnellement, pas historiquement. D'ailleurs il se défend de se livrer à la prospective historique, de prédire l'avenir. Par la propriété privée, l'homme domine la nature, prend possession de lui-même, s'exprime, se développe, s'éduque et instaure des institutions sociales. Condition primordiale à la vie de la raison, la propriété privée demeure toutefois insuffisante. Par elle, uniquement l'esprit abstrait s'insère dans la chose. La propriété se situe au rang des droits abstraits, formels, quelque peu irréels car pas encore mis en contexte. En effet, il faut comprendre que les relations de propriété n'existent qu'en société. Par ailleurs, la propriété privée pousse à l'individualisme, une tendance qu'il faut contrôler, moins en limitant la richesse qu'en accentuant la dimension sociale de la propriété. Cela s'effectue dans le cadre de la société civile.

Hegel considère marginaux les inconvénients de la propriété privée, eu égard aux bénéfices de celle-ci comme la possibilité de choisir sa vocation. Il admet qu'un mauvais choix professionnel emporte des conséquences à long terme, qu'en retenant une possibilité on en perd d'autres, que le monde externe comporte risques et avatars et que la propriété privée jointe à la liberté contractuelle peut causer un appauvrissement des relations sociales. Il concède que certains ne s'en sortiront pas. Il se rend compte aussi que l'industrialisation et la mécanisation des tâches peuvent menacer la libération par le travail, tandis qu'une concentration excessive des

---

78 *Id.*, n° 245, p. 261 et 262.

79 Voir R. TEICHGRAEBER, *loc. cit.*, note 49, 57.

biens peut favoriser la corruption. L'essor de la propriété privée provoque une augmentation de la production et de la consommation, mais la complexité de la société moderne ne va pas sans tensions. La propriété privée engendre des conflits entre les intérêts individuels et le bien public. Les formes politiques ne suffisent pas à éliminer ces conflits.

Hegel prévoit toutefois des institutions tampons susceptibles de mitiger ces inconvénients. Il s'agit tout d'abord de la famille, où l'individualisme ne règne pas, ou pas autant, laquelle regroupe les individus et contribue au bien de toute la communauté[80]. Il s'agit ensuite de la société civile, qui achève de libérer l'homme de la nature[81], et enfin de l'État qui transcende la propriété.

L'individu a besoin de la société pour son éducation et son développement. Il y apprend notamment une culture, à s'exprimer, à discipliner ses caprices et à s'ajuster aux autres. La communauté politique présente des buts moraux communs que Hegel juge logiquement prioritaires par rapport à ceux de ses membres[82]. La propriété privée s'avère essentielle à la vie morale de la communauté, mais il importe de l'harmoniser avec ces buts moraux et de l'assujettir à l'autorité ultime de l'État. La propriété demeure subordonnée à une sphère de droit supérieure. Exceptionnellement, et uniquement pour les besoins de son organisation, l'État peut faire exception à la propriété privée. De toute façon, le droit de propriété se trouve subordonné au droit à la vie, de sorte qu'en situation de détresse extrême, une personne pourrait se servir du bien d'autrui. De plus, la responsabilité d'organiser des secours échoit à l'État, qui pourrait alors sacrifier la propriété privée au bien de la communauté. Selon Hegel, l'État, comme incarnation de l'infini et universel, détient la priorité sur le fini et accidentel parmi lequel se range la propriété privée[83].

---

80 Curieusement, Hegel se prononce en faveur du droit d'aînesse, qui contredit pourtant à son époque tant l'intérêt général des membres de la famille que la liberté du propriétaire. Hegel considère cette situation comme un phénomène. Il cherche à justifier l'institution, pas la tradition. Voir Jean Michel CHAUMONT, « Amour, famille et propriété : Arendt, Hegel, Marx et la question du majorat », (1987) 85 *Revue philosophique de Louvain* 371, 380 et 386.

81 Voir J. RITTER, *op. cit.*, note 5, n° 10, p. 86.

82 Voir R. BELLAMY, *loc. cit.*, note 45, 693.

83 Voir L.J. MACFARLANE, *op. cit.*, note 46, p. 212.

Au plan de la société civile, quand Hegel passe à un niveau supérieur d'éthique, il cesse de considérer la personne comme un individu isolé, mais il comprend celle-ci comme quelqu'un qui partage nature et fin avec d'autres personnes. Comme la société se complexifie davantage, avec de nouvelles tâches et de nouveaux besoins, la propriété peut varier selon les époques. La société civile repose en effet sur la médiation des besoins, qui accorde à chacun sa liberté dans l'interdépendance mutuelle. Elle comporte un système de satisfaction des besoins, ainsi que des autorités publiques, y compris la police et un système d'administration de la justice. Elle comprend aussi des corporations, auxquelles les personnes peuvent se joindre volontairement et qui assureront leur subsistance, moyennant leur contribution spécifique. Les corporations et la société civile en général permettent à la personne de franchir le mur de son isolement, de remédier à son insécurité, de poursuivre un intérêt collectif et d'accroître sa dignité, devenant un membre actif et respecté de la communauté. Tout cela protège la propriété[84] ; voilà le royaume de la propriété concrète, fondé sur les droits abstraits, plus précisément sur la propriété abstraite.

On ne doit pas confondre l'État avec une corporation pour les indigents. Sa fin ne vise pas uniquement la protection inconditionnelle de la propriété et de la vie des individus. Il se distingue de la société civile. Il ne résulte pas d'un contrat social, mais d'individus qui se reconnaissent les uns les autres[85]. En éthique rationnelle, il repose sur des principes enchâssés dans la loi. Il ne se justifie pas autrement. Hegel concède la suprématie de l'État sur l'individu, mais sans considérer que cela laisse place à une expropriation socialiste, ni à un État totalitaire : « L'État hégélien est Idée vraie, [...] qui libère en soi tous ses moments – ainsi celui de la propriété privée et de la personne. »[86] Au contraire, il estime qu'un État fort constitue la meilleure protection pour la propriété privée « for only a state which strongly affirms social property can safeguard individual property defined absolutely »[87]. La mission de l'État consiste à combler le fossé entre la vie civile et la vie politique. Contrairement à la société civile, il n'opère pas la transition de l'abstrait au concret, mais il sert les intérêts collectifs au lieu

84 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 230, p. 254.

85 *Id.*, n° 100, p. 135 et 136. Voir aussi Renato CRISTI, « Hegel on Property and Recognition », (1995) 51 :2 *Laval théologique et philosophique* 335.

86 P. SOUAL, *loc. cit.*, note 6, 234.

87 R. CRISTI, *loc. cit.*, note 85, 343 : « car seulement un État qui affirme avec puissance la propriété sociale peut sauvegarder la propriété individuelle proprement dite ».

des intérêts individuels. Il manifeste la raison ; il constitue la fin universelle, dans laquelle les personnes trouvent leur vrai but et leurs fins ultimes.

En somme, en spécifiant sa volonté librement, la personne humaine se développe, extériorise sa volonté et la rend plus objective à la vue d'autrui. Sa volonté a métamorphosé la chose en objet de propriété. En s'examinant, la personne note cette objectivité accrue et elle en apprend à son propre sujet. Il s'agit d'un processus récurrent, où la personne se développe en développant le monde, se comprend de mieux en mieux, établit et maintient des institutions. La propriété rehausse ainsi les différences individuelles et complexifie la société au moyen de fonctions et de positions variées. La civilisation progresse ainsi, de même que l'esprit universel au cours de l'histoire.

Selon Hegel, seule la propriété peut assurer une existence objective. En tant que l'incarnation la mieux appropriée de la liberté, au lieu d'un moyen de satisfaire désirs et besoins, la propriété devient essentiellement une fin pour soi[88]. La propriété ne se justifie pas par la pratique, mais par la raison, comme l'affirmation de la libre personnalité, comme la concrétisation initiale de la liberté. Elle apparaît nécessaire pour atteindre la liberté. Sans elle, estime Hegel, on ne prend pas conscience de sa liberté. Hegel ne la considère donc pas comme un moyen, mais comme une fin. La liberté devient ainsi le principe universel de la société, érigé sur la personne et la propriété.

B. L'articulation de la propriété

Immédiate au niveau des droits abstraits, la libre volonté se réfléchit en elle-même au niveau de la moralité de la conscience, puis, par un processus de sursomption, elle se retrouve dans la vie éthique. Ainsi, le désir que chaque personne obtienne suffisamment de biens, « les ressources et les revenus sont autre chose que la possession et appartiennent à une autre sphère, celle de la société civile »[89] dans la vie éthique.

Nous entendons maintenant scruter de plus près les droits abstraits, afin de les préciser davantage. Hegel répartit les droits abstraits entre propriété, contrat et injustice. Il traite la propriété en tout premier lieu, dès

88 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, n° 45, p. 134.

89 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 48, n° 49, p. 106.

qu'il aborde les droits abstraits et l'esprit objectif. Son étude des biens se limite à la propriété, avec incidences à propos de la possession surtout, mais aussi un peu de l'occupation. Cette observation illustre l'importance de premier plan que Hegel accorde à la propriété.

Or, il importe de distinguer la propriété de la possession : « Penser l'objectivation de la liberté dans le monde demande de distinguer la propriété de la possession »[90], car « seule la propriété rend effective la personne subjective, et non la possession »[91], qui se limite à un « pouvoir extérieur »[92]. Hegel reconnaît donc la distinction entre la propriété et la possession, mais il n'y adhère pas toujours[93]. Ainsi, il ne répète pas toujours clairement que je dois incarner ma volonté dans la propriété au lieu de la possession. Examinons d'abord la possession, et par la même occasion l'occupation, pour mieux comprendre ensuite la propriété.

1. Fait de possession

Selon Hegel, les sentiments, les désirs et la volonté de la personne se spécifient et se satisfont dans la possession et la création d'objets matériels[94]. « Le fait que j'ai quelque chose en mon pouvoir, lui-même externe, constitue la *possession*. »[95] « La forme donnée à la possession et son signe sont en eux-mêmes des circonstances extérieures sans la présence subjective de la volonté qui, seule, constitue leur valeur et leur signification. »[96] La possession consiste donc en une situation de fait, l'exercice d'un pouvoir matériel, d'un contrôle d'une chose en particulier, ou *corpus*, le premier élément, qui révèle ma volonté abstraite de m'approprier cette chose, ou *animus*, le second élément. On rencontre l'élément matériel, le premier, lorsque je m'empare de la chose, je la façonne ou je la marque[97]. Voulant élaborer sur la première situation, Hegel tombe dans la confusion

---

90 P. SOUAL, *loc. cit.*, note 6, 227.

91 *Id.*, 229.

92 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, nº 45, p. 91.

93 Voir par exemple G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 6, nº 489, p. 286.

94 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 6, nº 488, p. 286. Voir aussi R. BELLAMY, *loc. cit.*, note 45, 698.

95 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, nº 45, p. 134.

96 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 48, nº 64, p. 117.

97 *Id.*, nº 54, p. 109.

lorsqu'il traite de l'accession naturelle, pertinente pour la propriété mais tout à fait étrangère à la possession et dépourvue d'influence sur elle[98]. Dans le deuxième cas, le façonnage, Hegel ignore ou oublie que la prise de possession puisse s'effectuer indirectement par mandataire[99]. Dans le troisième cas, le préféré de Hegel, le marquage, ce philosophe ne se rend pas bien compte qu'il s'agit d'une exception à interpréter restrictivement, qui n'a effet que lorsque ce marquage révèle hors de tout doute l'*animus*[100]. L'élément intentionnel souffre aussi de confusion dans l'exposé de Hegel : « Par la prise de possession la chose reçoit le prédicat d'être la mienne et la volonté a désormais un rapport positif avec elle. »[101] Par l'élément intentionnel, le possesseur prétend la chose sienne, mais elle ne devient pas nécessairement sienne pour autant.

L'occupation désigne la prise de possession au niveau de l'élément matériel. Elle ne suffit donc pas davantage à constituer la propriété. Elle peut se produire avec ou sans droit, et avec ou sans l'élément intentionnel. Remarquons que Hegel ne justifie pas l'occupation et la possession par droit de premier arrivant, notion qui impliquerait la présence d'au moins un occupant ultérieur, mais bien par l'exercice de la volonté libre qui se traduit dans les faits, l'occupation. En cela, il suit Kant. L'occupation et surtout la possession ainsi que la propriété servent à promouvoir la liberté. La matière ne s'appartient pas. Le droit positif complétera. La possession, comme incarnation de la volonté libre d'une personne, ne constitue qu'une première étape, certainement moins importante que la propriété qui, en tant que droit, jouit de la reconnaissance sociale[102].

2. Droit de propriété

Alors que la possession se résume en une situation de fait bien concrète, la propriété accède au rang de droit abstrait par excellence[103] : « L'identité

---

98 *Id.*, n° 55, p. 109 et 110.

99 *Id.*, n° 56, p. 110 et 111.

100 *Id.*, n° 58, p. 112 : « Cette prise de possession est très indéterminée quant à son extension et à sa signification. »

101 *Id.*, n° 59, p. 112.

102 Voir G.W.F. HEGEL, *Phenomenology of Spirit*, trad. A.V. Miller, Oxford, Oxford University Press, 1977, n° 430, p. 258 et n° 480, p. 291 et 292.

103 *Id.*, n° 45, p. 45, qui exagère toutefois en ne reconnaissant pas d'effet juridique à la possession sans la propriété.

qui soumet le réel au rapport transforme la possession en propriété et en général, elle ajoute à la particularité, y compris celle du vivant, un caractère universel. Ainsi se constitue la sphère du droit. »[104] En passant de la possession à la propriété, la liberté devient encore plus explicite. La propriété ajoute à la possession le consentement aux droits du propriétaire, éventuellement, mais surtout la reconnaissance par autrui.

On confond souvent le droit de propriété et son objet[105], certes à cause de sa fréquence et de sa richesse en prérogatives, mais aussi parce que le propriétaire y a investi sa volonté[106]. Alors que Hegel tenait la possession seulement pour un moyen, il tient la propriété à la fois pour un moyen et pour une fin, parce que la propriété concrétise la personnalité[107]. Là réside sa principale valeur. Un système de propriété des choses sans personnalité, indépendamment des besoins matériels, met en relief la volonté libre et exprime la dignité des personnes, leur supériorité sur la nature. La personne commence par décider librement et intérieurement d'acquérir. Puis, elle passe aux actes et en prenant possession elle extériorise sa volonté. En utilisant la chose, elle manifeste l'esprit et la domination de l'homme sur la nature. Enfin, elle cède sa propriété à autrui en vertu de leur libre volonté commune, c'est-à-dire de l'accord de leurs volontés. Là se situe le domaine privilégié de la liberté[108]. Ainsi la personne devient-elle de plus en plus humaine et le monde de plus en plus humanisé.

Les choses sans maître appartiennent à la personne qui en prend possession. Dans ce cas, la possession emporte immédiatement la propriété. Une autre personne survient-elle ensuite... trop tard ! La chose a désormais un maître, le propriétaire[109]. Dans cet établissement initial de la propriété, la possession s'avère nécessaire, afin de concrétiser et afficher ouvertement la volonté du propriétaire[110]. Bien sûr, les choses dites communes en

---

104 G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 12, p. 120. G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 4, n° 21, p. 71 : « L'universalité est précisément ce fait que l'immédiateté de la nature et la particularité qui s'y ajoute, quand elles sont produites par la réflexion, sont surmontées en elle. »

105 Par exemple P.G. STILLMAN, *loc. cit.*, note 51, 133.

106 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 6, n° 489, p. 286.

107 *Id.* et G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 2, n° 45, p. 134.

108 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 48, n° 71, p. 123 et 124.

109 *Id.*, n° 50, p. 107.

110 *Id.*, n° 51, p. 107.

droit civil, comme l'air ambiant et l'eau courante d'un ruisseau, d'une rivière, d'un fleuve ou d'un lac, qui malgré leur nom n'appartiennent à personne, ne peuvent faire l'objet d'une telle appropriation, notamment faute de se trouver individualisées en petite quantité, comme une bouteille d'eau de source. Bref, dès le début de la propriété, la volonté libre se concrétise dans la chose qui, inversement, manifeste cette volonté. Ainsi se décrit la première étape, dite positive.

Vient ensuite la seconde étape, dite négative, où on considère plutôt la chose en opposition avec la volonté : la volonté universelle reste distincte malgré tout de la chose particulière. En régime de propriété, le propriétaire jouit de toutes les prérogatives : « La propriété est, par conséquent, essentiellement propriété libre et entière. »[111] Le propriétaire peut donc faire ce qu'il veut de sa chose, sous réserve du respect des droits d'autrui. Il utilise sa chose à sa guise et il peut s'objecter à ce qu'autrui l'utilise. Qui passerait outre sans sa permission l'offenserait et léserait ses droits. Quant à lui, surtout à la longue, son utilisation laisse des traces dans la chose.

L'aliénation constitue la troisième étape, finale, celle du jugement infini. L'esprit réfléchi se retire de la chose et rentre en lui-même, indiquant l'incongruité entre la volonté du sujet spirituel et la chose matérielle. Quand le propriétaire retire sa volonté de la chose, soit par abandon décidé, destruction, prescription extinctive ou aliénation, elle cesse de lui appartenir[112]. En tant que propriétaire, à lui revient dans la vente ou l'échange la valeur économique de la chose, qui représente ses possibilités de satisfaction des besoins et désirs des autres personnes[113]. Caractéristique de la société civile, Hegel estime qu'en ce qui concerne les choses, les personnes entretiennent entre elles des rapports de propriétaires. Elles peuvent se transférer la propriété par contrat, d'un commun accord de leurs volontés, donc avec reconnaissance mutuelle de leur liberté[114]. L'identité de chacun, implicite dans sa personnalité, devient explicite dans le transfert de la propriété. Le propriétaire, qui en cette qualité s'était donné la liberté de façon immédiate, se différencie en se rapportant à son acheteur par la transmission de la propriété de l'un à l'autre selon leur commune volonté. Quant à l'abandon, il pourrait survenir par la volonté unilatérale du propriétaire. Rien

---

111 *Id.*, n° 62, p. 114.

112 *Id.*, n° 65, p. 118.

113 *Id.*, n° 63, p. 116 et 117.

114 *Id.*, n° 71, p. 123 et 124, ainsi que n° 75, p. 126.

n'empêche en effet le propriétaire de retirer sa volonté. La chose deviendrait dès lors sans maître et disponible au premier venu.

CONCLUSION

Hegel confère ainsi à la propriété une place centrale dans le droit[115], distincte de la possession. Cette place privilégiée dépend d'une justification originale que nous avons tenté d'exposer en contexte.

Hegel occupe une place majeure dans l'histoire de la philosophie. Il a inspiré de nombreux philosophes et théoriciens du droit, depuis Marx à qui il a enseigné, jusqu'à Waldron, Radin et Rawls aujourd'hui. Pourtant, même ses disciples l'ont attaqué de tous côtés. Hegel a tenté de démontrer l'unité de l'être et de la pensée[116]. À notre avis, il n'a réussi à démontrer leur identité qu'en apparence, au moyen de jeux de mots qui accentuent les similitudes, mais taisent les différences.

Toutefois, il a bien expliqué comment la propriété contribue à la liberté et à la croissance personnelle et sociale de l'homme qui agit dans le monde et le transforme, comment le désir d'accéder à la propriété engendre une série d'actions précises qui spécifient l'individu et le font croître en vertu. L'expression de sa libre volonté constitue une motivation valable, mais certainement pas exclusive contrairement à ce que soutient Hegel. D'une part, beaucoup de biens standardisés sont fabriqués en longues courses de production dans des usines très automatisées, laissant peu de place à la créativité. Même en propriété intellectuelle, l'originalité compte, mais pas l'expression personnelle comme telle. Beaucoup de recherches pharmaceutiques s'effectuent automatiquement, des milliers d'expériences à la fois. Souvent la chose ne porte pas l'empreinte de son propriétaire, mais de quelqu'un d'autre, comme un employé, un architecte ou un jardinier, par exemple. Par ailleurs, il existe d'autres moyens d'expression qui actualisent aussi la créativité et la libre volonté, par exemple la recherche fondamentale, l'étude, la création scientifique, littéraire ou artistique, la vie familiale ou appliquée au service d'une grande cause humanitaire ou une quête spirituelle. Hegel ne comprend rien au vœu de pauvreté assumé librement,

115 P. SOUAL, *loc. cit.*, note 6, 232 : « La sûreté de la personne et de ses biens est un droit capital, lié au droit de la personne et de la propriété. »

116 Voir Simon LUMSDEN, « Satisfying the Demands of Reason : Hegel's Conceptualization of Experience », (2003) 22 *Topoi* 41, 48-52.

qu'il considère équivaloir au renoncement de tout un pan de la vie humaine. Il confond le vœu de pauvreté avec la misère et il oublie que le détachement favorise une plus grande disponibilité pour s'adonner à d'autres occupations actives ou contemplatives, où la personne peut aussi se développer, s'exprimer et faire preuve de créativité. Par contre, il réalise les dangers d'une trop grande accumulation de richesses, tout comme ceux d'un manque criant d'accès aux biens matériels.

Nous constatons que Hegel limite la théorie des biens aux rapports entre les personnes à propos des choses en droit privé, et même alors, il ne touche guère qu'à la propriété privée et aux contrats. À peine mentionne-t-il l'usufruit, par exemple. Il néglige la propriété intellectuelle et les biens spéciaux. Par ailleurs, il rejette la distinction de Kant entre droits réels et droits personnels. Il pense que le droit réel est un droit personnel. Malheureusement pour lui, la tradition civiliste a préféré Kant à ce sujet, sans toutefois le suivre aveuglément. De plus, Hegel ne se rend pas compte que le propriétaire puisse perdre la possession de sa chose. Il ne considère vraiment que la propriété privée individuelle.

À son avis, la copropriété empêcherait le développement des individus, oubliant qu'elle facilite l'accès à la propriété. À ce compte, aucun locataire n'atteindrait la maturité ! Hegel n'ose toutefois pas conclure en ce sens[117]. Il utilise aussi le mot « mien » dans divers sens ambigus. Enfin, son essai de justification du pillage des monuments étrangers ne tient pas debout, car les vieux monuments continuent effectivement de rappeler des souvenirs d'antan et ils n'ont certes pas été abandonnés.

En somme, malgré ces diverses critiques, auxquelles nous pourrions ajouter la lecture difficile de ses textes, nous devons reconnaître l'originalité et l'importance historique de Hegel. Nous saluons particulièrement son effort de systématisation encyclopédique. Sa plus grande contribution fut peut-être de souligner l'importance de saisir les réalités dans leur contexte.

---

117 Voir G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, note 48, n° 67, p. 120.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE DES OUVRAGES CITÉS

AVINERI, Schlomo, *Hegel's Theory of the Modern State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1972, 252 p.

BELLAMY, Richard, « Hegel and Liberalism », (1987) 8 *History of European Ideas* n° 6, p.693-708.

BERRY, Christopher J., « Property and Possession : two Replies to Locke– Hume and Hegel », dans *Property*, dir. J. Roland Pennock et John W. Chapman, New York, N. Y. U. Press, 1980, 418 p.

BURNS, Tony, *Natural Law and Political Ideology in the Philosophy of Hegel*, Brookfield, Avebury,1996, 199 p.

CAIRNS, Huntington, *Legal Philosophy from Plato to Hegel*, Londres, Johns Hopkins Press, 1949, 583 p.

CHAUMONT, Jean Michel, « Amour, famille et propriété : Arendt, Hegel, Marx et la question du majorat », (1987) 85 *Revue philosophique de Louvain* 371-401.

CRISTI, Renato, « Hegel on Property and Recognition », (1995) 51 *Laval théologique et philosophique* n° 2, p. 335-343.

D'HONDT, Jacques, « La personne et le droit abstrait selon Hegel », dans *Droit et liberté selon Hegel*, dir. Guy Planty-Bonjour, Paris, P. U. F., 1986, 267 p.

GROSS, Richard, « Speculation and History : Political Economy fron Hobbes to Hegel », (1976) 4 *Cultural Hermeneutics* 25-41.

HEGEL, G. W. F., *Le droit naturel*, trad. André Kaan, coll. Idées, Paris, Gallimard, 1972, 189 p.

HEGEL, G. W. F., *Phenomenology of Spirit*, trad. A.V. Miller, Oxford, Oxford University Press, 1977, 595 p.

HEGEL, G. W. F., *Philosophie de l'esprit*, t. 3 de l'*Encyclopédie des sciences philosophiques*, trad. Bernard Bourgeois, Bibliothèque des textes philosophiques, Paris, Vrin, 1970, 605 p.

HEGEL, G. W. F., *Principes de la philosophie du droit*, trad. André Kaan, coll. Idées, Paris, Gallimard, 1972, 381 p.

HEGEL, G. W. F., *Principes de la philosophie du droit*, trad. Jean-François Kervégan, Paris, P. U. F., 1998, 480 p.

HEGEL, G. W. F., *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'État en abrégé*, trad. Robert Derathé, coll. Bibliothèque des testes philosophiques, Paris, Vrin, 1975, 352 p.

KEDOURIE, Elie, *Hegel and Marx*, Oxford, Blackwell, 1995, 216 p.

KNOWLES, Dudley, « Hegel on Property and Personality », 33 *Philosophical Quarterly* 45-62.

LUMSDEN, Simon, « Satisfying the Demands of Reason : Hegel's Conceptualization of Experience », (2003) 22 *Topoi* 41-53.

MACFARLANE, Leslie John, *Modern Political Theory*, New York, Barnes & Noble, 1973, 269 p.

MASPÉTIOL, Roland, « Unité sociale et liberté de la "personne" dans la philosophie du droit de Hegel », dans *Droit et liberté selon Hegel*, dir. Guy Planty-Bonjour, Paris, P. U. F., 1986, 276 p.

MERCIER-JOSA, Solange, *Entre Hegel et Marx, Points cruciaux de la philosophie hegelienne du droit*, Paris, L'Harmattan, 1989, 303 p.

MORAN, Philip, *Hegel and the Fundamental Problems of Philosophy*, Amsterdam, Grüner, 1988, 184 p.

MORAN, Philip, « Hegel's "Etatisme" », (1978) 26 *Revolutionary World* 1-12.

PATTEN, Alan, « Hegel's Justification of Private Property », (1995) 16 *History of Political Thought* n° 4, p. 576-600.

PINSON, Jean-Claude, *Hegel le droit et le libéralisme*, coll. Philosophie d'aujourd'hui, Paris, P. U. F., 1989, 229 p.

PIPER, Adrian M. S., « Property and the limits of the self », (1980) 8 *Political Theory* n° 1, p. 39-64.

RAUCH, Leo, *The political animal : studies in political philosophy from Machiavelli to Marx*, Amherst, University of Massachusett Press, 1981, 250 p.

RESNIK, D. B., « A Pluralistic Account of Intellectual Property », (2003) 46 *Journal of Business Ethics* n° 4, p.319-335.

RITTER, Joachim, *Hegel et la révolution française, suivi de Personne et propriété selon Hegel*, Paris, Beauchesne, 1970, 144 p.

RAWLS, John, Leçons *sur l'histoire de la philosophie morale*, trad. Marc Saint-Exupéry et Bertrand Guillarme, Paris, La Découverte, 2002, 383 p.

SOUAL, Philippe, « Personne et propriété dans les *Principes de la philosophie du droit* de Hegel », (1997) 60 *Archives de Philosophie* p.217-241.

STILLMAN, Peter G., « Property, Freedom and Individuality in Hegel's and Marx's Political Thought », dans *Property*, dir. J. Roland Pennock et John W. Chapman, New York, N. Y. U. Press, 1980, 418 p.

TEICHGRAEBER, Richard, « Hegel on Property and Poverty », (1977) 38 *Journal of the History of Ideas* 47-64.

TRIGEAUD, Jean-Marc, *La Possession des biens immobiliers*, Paris, Economica, 1981, 631 p.